

Der Begriff 'Wettbewerb'
im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

D i s s e r t a t i o n

vorgelegt der Rechts - und Wirtschaftswissenschaftlichen

Fakultät der Johannes Gutenberg - Universität in Mainz

von

1963

Gerichtsreferendar Herbert Sauter

Wiesbaden



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Der Begriff 'Wettbewerb'
im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen



Dissertation

vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen

Fakultät der Johannes Gutenberg - Universität in Mainz

von

Gerichtsreferendar Herbert Sauter

Wiesbaden

1. Referent: Prof. Dr. Bartholomeyczik

2. Referent: Prof. Dr. Pleyer

Tag der mündlichen Prüfung: 20. Dezember 1963



Meinen Eltern

A. Gliederung

=====

Einleitung

A. Problemstellung

I. Begriff 'Wettbewerb'

1. 'Wettbewerb' als elementarer Wirtschaftsbegriff
2. Begriff 'Wettbewerb' im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UnlWG)
3. Begriff 'Wettbewerb' im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

II. Frage nach der Gleichheit beider Gesetzesbegriffe

B. Wettbewerbsdefinitionen

I. Fehlen einer Legaldefinition

1. im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
2. im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

II. Wettbewerbsdefinitionen

1. des Reichsgerichtes
2. des Bundesgerichtshofes

III. Anwendbarkeit der Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Erster Hauptteil

C. Auslegung von Gesetzesbegriffen

I. Wörtliche Anwendung des Gesetzesbegriffes

II. Sinn und rechtspolitischer Zweck eines Gesetzes

1. Schutzobjekt eines Gesetzes

- a) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
 - aa) Individualrechtliche Betrachtungsweise
 - aaa) Theorie des Persönlichkeitsrechtes
 - bbb) Theorie des Immaterialgutes
 - aaaa) Unternehmen als Organisationsbegriff
 - bbbb) Unternehmen als Tätigkeitsbegriff
 - ccc) Andere Theorien
 - aaaa) das Berufsethos
 - bbbb) der gesunde Wettbewerb
 - cccc) die Reinerhaltung des Leistungswettbewerbs
 - bb) Sozialrechtliche Betrachtungsweise
 - b) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
 - aa) Wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungsweise
 - bb) Individualrechtliche Betrachtungsweise
 - cc) 'Soziales Zuordnungsverhältnis'
2. Rechtspolitische Zweckerfüllung eines Gesetzes
- a) Ordnungspolitische Zweckerfüllung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb
'Qualitativer Wettbewerbsschutz'
 - b) Wirtschaftspolitische Zweckerfüllung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
'Quantitativer Wettbewerbsschutz'

Zweiter Hauptteil

- D. 'Wettbewerb' im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
- I. Zivilrechtlicher Begriff
 - II. Strafrechtlicher Begriff
 - III. Dynamischer Begriff
 - IV. Wirtschaftspolitisch neutraler Begriff
 - V. Subjektiver Begriff

- E. 'Wettbewerb' im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
 - I. Wirtschaftsverfassungsrechtlicher Begriff
 - II. Institutioneller Begriff
 - III. Statischer Begriff - Wettbewerb als Haltung
 - IV. Objektiver Begriff
- F. 'Wettbewerb' in der nationalökonomischen Theorie
 - I. Fehlen eines einheitlichen allgemeinen Wettbewerbsbegriffes
 - II. Marktformen und Wettbewerbsbegriff
 - III. Umfassender theoretischer Wettbewerbsbegriff

D r i t t e r H a u p t t e i l

- G. 'Wettbewerb' und 'Vollkommene Konkurrenz'
 - I. Begriff der 'Vollkommenen Konkurrenz'
 - II. Marktform 'Vollkommene Konkurrenz' als wirtschafts-
politischer Bewertungsmaßstab
 - III. Theorie und Wirklichkeit
 - IV. Ziel und Weg - Höchstmaß an Kompetitivität

V i e r t e r H a u p t t e i l

- I. Begriff 'Wettbewerb' des Gesetzes gegen Wettbewerbs-
beschränkungen - Versuch einer Definition
 - 1. Ausgangspunkt
 - 2. Bekannte Definitionsversuche
 - a) Regierungs-Entwurf
 - b) Wirtschaftspolitischer Ausschuß des
Deutschen Bundestages
 - c) Borchardt - Fikentscher
 - d) Günther
 - e) Brugger
 - f) Westermann

- g) Benisch
- h) Sölter
- i) Meyer - Cording
- j) Behrens
- k) Schmitz

3. Kritische Auseinandersetzung

- a) Der Leistungswettbewerb
- b) Der freie Leistungswettbewerb
- c) Der Angebots- und Nachfragewettbewerb
- d) Die Definitionen und ihre Mängel

4. Der eigene Versuch einer Begriffsbestimmung

F ü n f t e r H a u p t t e i l

- I. Das Ergebnis der Untersuchung
- II. Die Anwendbarkeit des institutionalisierten Wettbewerbsbegriffes

S c h l u ß

B. Literaturverzeichnis
=====

I. Wettbewerbsrecht

1. Lehrbücher - Kommentare - Sammlungen

- a) Baumbach-Hefermehl
Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 9. Auflage,
1964, I. Band, 8. Auflage, 1960, Berlin - München
- b) Godin-Hoth
Wettbewerbsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den
unlauteren Wettbewerb und zum Zugabe- und Rabatt-
recht, 1957, Berlin
- c) Huber
Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2 Bände, 1953, 1954,
Tübingen
- d) Reimer
Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Auflage,
1954, Köln - Berlin
- e) Tetzner
Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb,
2. Auflage, 1957, Köln

2. Abhandlungen

- a) Böhm
Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, Berlin
- b) Fikentscher
Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958,
München - Berlin
- c) Hefermehl
Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts, 1955,
in Festschrift für Hans Carl Nipperdey, S. 283 ff.,
München - Berlin
- d) Isay, Hermann
Das Rechtsgut des Wettbewerbsrechts, 1933,
Berlin - Frankfurt am Main
- e) Isay, Rudolf
Das Recht am Unternehmen, 1920, Berlin
- f) Kummer
Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen
Rechtsätze gegen unlauteren und gegen freiheitsbe-
schränkenden Wettbewerb, 1960, Bern
- g) Lobe
Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Band I.
Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung nach
dem bürgerlichen Gesetzbuch und den Nebengesetzen,
Leipzig, 1907

- h) Nipperdey
Wettbewerb und Existenzvernichtung, 1930, Köln - Berlin
- i) Ulmer
Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht, 1932,
Berlin

3. Ältere Werke

- a) Baumbach
Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 1929, Berlin
- b) Callmann
Der unlautere Wettbewerb, 1932, 2. Auflage, Mannheim

II. Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen

1. Lehrbücher - Kommentare - Sammlungen

- a) Kaufmann-Rautmann-Strickrodt-v.Hahn-Hoffmann-Kreifels
Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen -
Frankfurter Kommentar, 1958, Lieferungen 1 und 2, Köln
- b) Langen
Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage, 1958, Neuwied
- c) Mayer-Wegelin
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1958,
Frankfurt am Main
- d) Müller-Gries
Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen,
1958, Frankfurt am Main
- e) Müller-Henneberg - Schwartz
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches
Kartellrecht - Gemeinschaftskommentar, 2. Auflage,
1963, Köln - Berlin
- f) Rasch
Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht,
Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen,
2. Auflage, 1958, Herne - Berlin
- g) Samuelson, Paul A.
Volkswirtschaftslehre, Eine Einführung, 2. Auflage,
1955, 3. Auflage 1. Band, 1964, Köln-Deutz

2. Abhandlungen

- a) Abbott, Lawrence
Quality and Competition, New York, 1955, Qualität
und Wettbewerb, 1958, Berlin - München

- b) Benisch
Einkaufsverbände und Kartellgesetz in Festschrift
für Rudolf Isay, S. 231 ff., 1956, Köln
- c) Biedenkopf
Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen und Wirtschafts-
verfassung, 1958, Heidelberg
- d) Biedenkopf-Callmann-Deringer
Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, 1957,
Heidelberg
- e) Böhm
Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin, 1933
- f) Borchardt-Fikentscher
Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung,
1957, Stuttgart
- g) Chamberlin, E.H.
The Theory of Monopolistic Competition, A Reorientation
of the Theory of Value, Cambridge Mass. 6. Auflage, 1950
- h) Meyer-Cording
Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme,
1954, Tübingen
- i) Eucken
Die Grundlagen der Nationalökonomie, 1957, Bad Godesberg
- j) Giese-v.Brunn
Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung, 1950,
Frankfurt am Main
- k) Isay
Die Geschichte der Kartellgesetzgebung, 1955, Berlin
- l) Leisner
Grundrechte und Privatrecht, Münchener öffentlich-
rechtliche Abhandlungen, 1960, München
- m) Lenich
Die Wettbewerbsbeschränkung, eine Grundlegung, 1956,
Köln und Berlin

Lenich
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1958,
Ergänzungsband
- n) Lukes
Der Kartellvertrag, das Kartell als Vertrag mit Außen-
wirkungen, 1959, München
- o) Miksch
Wettbewerb als Aufgabe, 2. Auflage, 1947, Bad Godesberg

Der Schutz des Wettbewerbs in der sozialen Marktwirt-
schaft, Institut für Förderung öffentlicher Angelegen-
heiten, Frankfurt am Main

- p) Oppenheim
Cases on Federal Antitrust Laws, 2. Auflage, 1948,
Federal Antitrust Laws Legislation: Guideposts to a
Revised National Antitrust Policy, Mich. Law Rev. 1952,
1139
- r) Ottel
Zwei Jahre deutsche Kartellpolitik, Wettbewerb - Modell
oder Wirklichkeit, 1960, Frankfurt am Main
- s) Recktenwald, Horst G.
Zur Lehre von den Marktformen, Weltwirtschafts-
Archiv, 1951, Band 67
- t) Seraphim
Machtkonzentration in der Marktwirtschaft und die
Verwirklichung des Wettbewerbs, Zeitschrift für
Nationalökonomie, 1956, 16. Band, Nr. 1. und 2., S.37 ff.
- u) Sölter
Industrieller Mittelstand und Kartellgesetz,
Düsseldorf, 1960
Sölter
Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, Düsseldorf, 1960
Sölter
Das Rabattkartell, Düsseldorf, 1955
- v) Spengler
Wettbewerb, Recht und Schranken, Stuttgart, 1957
- w) Trumpler
Unlauterer Wettbewerb und Antitrustrecht in den
Vereinigten Staaten, 1944
- x) Wagner
Die Diskussion über ein Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen in Westdeutschland nach 1945, Zürich, 1956
- y) Westermann
Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf,
Karlsruhe 1956
- z) Würdinger
Freiheit der persönlichen Entfaltung -
Kartell- und Wettbewerbsrecht, Heft 3 der Schriften-
reihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe,
1953

3. Aufsätze

Ballerstedt

Kartellverbot und Einzelvertrag, JZ 1956, 267 ff.

Behrens

Der Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen, NJW 1958, 481 ff.

Müller-Beilschmidt

Wesentlicher Wettbewerb im Kartellgesetz, MA 1958, 3 ff.

Benisch

Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs, WuW 1960, 842

Kartellrechtliche Grenzen des Gemeinschaftsvertriebes, WuW 1958, 269 ff.

Einkaufsmacht und Kartellbegriff, WuW 1956, 480 ff.

Wettbewerbsregeln der 'grauen Zone', WuW 1956, 643 ff.

Zur Problematik eines gesetzlichen Schutzes des Leistungswettbewerbs, WuW 1955, 421 ff.

Benkendorff

Inhalt und Eintragung von Wettbewerbsregeln, WuW 1958, 416

Freie Berufe und Kartellgesetz, WuW 1956, 20 ff.

Böhm

Verstößt ein gesetzliches Kartellverbot gegen das Grundgesetz, WuW 1956, 173 ff.

Kartelle und Krise, WuW 1954, 367 ff.

Der vollständige Wettbewerb und die Antimonopolgesetzgebung, WuW 1953, 178 ff.

Borchardt

Wesentlicher Wettbewerb im Kartellgesetz, MA 1956, 6 ff.

Brandt

Wesen und Grenzen einer staatlichen Wettbewerbspolitik, MA 1960, 233 ff.

Brugger

Kartellrechtliche Beurteilung von Urheberrechtsgesellschaften, WuW 1959, 159 ff.

Zur Auslegung des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1959, 467 ff.

Cartellieri

Besprechung von Würdingers Schrift, BB 1954, 384

Meyer-Cording

Besprechung von Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, GRUR 1959, 390

Döll

Verkaufspreis X % unter Listenpreis und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1960, 1105

Dörinkel

Wettbewerbsregeln in der Praxis, WuW 1960, 593

Erhard

Zur Kartellfrage, WuW 1952, 733

Ewald

Sind Einkaufsgenossenschaften Kartelle, WuW 1956, 253 ff.

Fikentscher

Nachfragewettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung, WuW 1960, 680 ff.

Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge mit Dritten, BB 1956, 793 ff.

Die deutsche Kartellrechtswissenschaft von 1945 - 1954, WuW 1955, 205 ff.

Flume

Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag, WuW 1956, 457

Franzen

Auslegungsfragen im Recht der Wettbewerbsregeln, WuW 1957, 741 ff.

Gabriel

Zum Begriff der Wettbewerbsbeschränkung im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, MA 1960, 247 ff.

Gnam

Zum Wesen der Sicherung des Wettbewerbs, NJW 1953, 330 ff.

Günther

Konkurrierende Ziele der Wettbewerbspolitik, MA 1961, 273 f.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als Instrument der Mittelstandspolitik, WuW 1960, 159 ff.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der deutschen Wirtschaftspolitik, WuW 1960, 747 ff.

Wettbewerb als europäische Aufgabe, MA 1960, 243 ff.

Zum Wettbewerbsbegriff des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, MA 1959, 269 ff.

Wettbewerbsfreiheit und Unternehmertum, WuW 1958, 379 und MA 1958, 397 ff.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GRUR 1958, 575 f.

Vorwort zu Schmitz in NJW 1957, 1704

Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf die Unternehmen, WuW 1957, 653 ff.

Einkaufsvereinigungen und Kartellgesetzentwurf, MA 1957, 35

Zur Verabschiedung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1957, 721 ff.

Entwurf eines deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1951, 17 ff.

Hellwig

Die Sicherung des Leistungswettbewerbs in der Sicht der gesetzgeberischen Arbeit, WuW 1959, 389 ff.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Grundsatz des freien Wettbewerbs, Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung, 1957, Nr. 136, S. 1293 ff.

Isay

Soziale Marktwirtschaft und Kartellgesetzgebung,
WuW 1954, 557 ff.

Junckersdorff

Welt-Kartellpolitik im Umbruch, WRP 1959, 65 ff.

Kellermann

Die gewerblichen Schutzrechte im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GRUR 1958, 581 ff.

Klaue

Zwei Jahre Rechtsprechung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1960, 391 ff.

Klug

Marktbeherrschende Unternehmen, WuW 1956, 470 ff.

Koenigs

Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, 1041 ff.

Preisbindung, Diskriminierung und Wettbewerbsregeln in der Praxis des Bundeskartellamtes, GRUR 1959, 579 ff.

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb unter besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln, GRUR 1958, 589 ff.

Krahe

Empfehlungsverbot und Markttransparenz, WuW 1960, 477 ff.

Leo

Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB, WuW 1959, 485 ff.

Menze

Wirklichkeitsfremde Wettbewerbstheorien, Monatsblätter für freiheitliche Wirtschaftspolitik, 1957, 25 ff.

Möhring

Wettbewerbsordnung und Kartellrecht, WuW 1954, 387 ff.

Nipperdey

Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, WuW 1954, 211 ff.

Nöll v.d. Nahmer

Der Wettbewerb als entscheidender Faktor der Marktwirtschaft, WuW 1961, 3 ff.

Ottel

Wettbewerb als sozialistische Wirtschaftspolitik, WuW 1953, 65 ff.

Rasch

Vereinbarungen zur Sicherung lauterer Wettbewerbs,
BB 1954, 509 ff.

Reimann

Wettbewerbsregeln der Verbände, WuW 1957, 111 ff.

Schmitz

Der Wettbewerbsbegriff im Kartellrecht, NJW 1961, 2089 ff.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und seine
Konzeption, NJW 1957, 1704 ff.

Schwenk

Der Marktbegriff, WuW 1960, 3 ff.

Seydel

Zur Systematik des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen,
NJW 1957, 1300 ff.

Sölter

Nachfragemacht und Gegengewichtsprinzip, MA 1961, 337 ff.

Die Mittelstandsempfehlungen im Gesetz gegen Wettbewerbs-
beschränkungen

Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung und Produktivität,
MA 1956, 583 ff.

Mißbrauchs- und Verbotsprinzip in der praktischen Anwendung,
WuW 1955, 230 ff.

Spengler

Zivilrechtliche Auswirkungen des Kartellgesetzes,
WuW 1960, 410 ff.

Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes, WuW 1959, 609 f.

Die Bekämpfung der Preisschleuderei, WuW 1953, 5 ff.

Strickrodt

Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des
Kartellverbotes, WuW 1957, 75 ff.

Ulmer, Peter

Wettbewerbsbeschränkende Absprachen im Rahmen von Unter-
nehmenszusammenschlüssen, WuW 1960, 163 ff.

Würdinger

Freiheit der persönlichen Entfaltung - Kartell- und Wett-
bewerbsrecht, WuW 1953, 721 ff.

Schenkung als Werbemaßnahme, WuW 1955, 71 ff.

4. Dissertationen

Mees

Die Verdingungsordnungen und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Dissertation Mainz, 1960

Wehner

Wettbewerb und Wirtschaftsordnung, Dissertation Hamburg, 1936, Paul-Evert-Verlag Hamburg, 1936

III. Bürgerliches Recht

Enneccerus-Lehmann

Recht der Schuldverhältnisse - II. Band, 15. Bearbeitung, 1958, Tübingen

IV. Sonstige Gebiete des Rechts

Bartholomeyczik

Die Kunst der Gesetzesauslegung, 2. Auflage, 1960, Frankfurt am Main

V. Nachschlagewerke

Staats-Lexikon, 5. Band, 5. Auflage, 1932, Gundlach, zu 'Wettbewerb'

C. A b k ü r z u n g e n =====

WuW	-	Wirtschaft und Wettbewerb
WRP	-	Wettbewerb in Recht und Praxis
JZ	-	Juristische Zeitschrift
NJW	-	Neue Juristische Wochenschrift
ZHR	-	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht
RG	-	Reichsgericht
BGH	-	Bundesgerichtshof
BVerfG	-	Bundesverfassungsgericht

Einleitung

=====

A. Problemstellung

I. Begriff 'Wettbewerb'

1. Wettbewerb als elementarer Wirtschaftsbegriff

Gegenstand dieser Arbeit ist der Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UnlWG) und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Als Aufgabe stellt sich dem Verfasser, diesen Begriff 'Wettbewerb' beider Gesetze näher zu bestimmen und hierbei möglicherweise als Folge einer vorgegebenen Gleichartigkeit das begriffliche Übereinstimmen festzustellen, oder aber eine aus der Unterschiedlichkeit der gesetzlich geregelten Materie dementsprechend sich ergebende begriffliche Verschiedenheit zu ermitteln.

Hierbei ist eingangs festzuhalten, daß es sich beim Wettbewerb nicht um eine auf den wirtschaftlichen Lebensbereich beschränkte Erscheinung handelt; vielmehr herrscht auch außerhalb der ökonomischen Welt Wettbewerb. Dieser Wettbewerb in seiner allgemeinsten und umfassendsten Form ist seinem Wesen nach 'ein Vorgang des gesellschaftlichen Lebens'¹⁾, wobei zwei oder mehrere Einzelne oder Gruppen gleichzeitig nach demselben Vorteil oder Ziel streben und den eigenen Aufwand zur Erlangung des erstrebten Vorteiles oder Zieles im Schauen auf den oder die Mitbewerber in den Grenzen des Nichtzuviel und Nichtzuwenig halten²⁾.

Aus dieser dem Wettbewerb wesentlichen Verknüpfung mit dem Entfalten des Selbstinteresses der Individuen und Gruppen und mit der möglichst günstigen Verwirklichung des Sinnzusammenhangs des menschlichen Gesellschaftslebens überhaupt und seiner Einzelgebiete, wie Wirtschaft, Wissenschaft, Technik, erhellt seine überragende Bedeutung. 'Hier erweist sich der Wettbewerb als ein Mittel zur bestmöglichen Erfüllung der gesellschaftlichen Sachzwecke dauernd beizutragen und nach der persönlichen Seite des Gesellschaftslebens hin dem Grundsatz der individuellen Leistung deutlich und wirksam Geltung zu verschaffen.'³⁾

1) Gundlach, Staats-Lexikon, 5. Band, 5. Auflage, 1932,
Stichwort: Wettbewerb

2) Gundlach, a.a.O.

3) Gundlach, a.a.O.

Nur der Wettbewerb, wie er sich allgemein als Durchführung eines Wettkampfes auf der Grundlage des Leistungsprinzips darstellt, vermag so wirksam, so dauernd und so zwanglos das unentbehrliche Selbstinteresse der einzelnen in den Dienst der Gesellschaft zu stellen. Diese Bedeutung, die dem Wettbewerb stets zukommt, besitzt folgerichtig auch im besonderen der wirtschaftliche Wettbewerb, der doch die freie Entschluß- und Dispositionsfähigkeit aller am Wirtschaftsprozess beteiligten Personen zu seinen Voraussetzungen zählt, so besonders der ungehinderte Zugang zu den gewerblichen Tätigkeiten, die beliebige Kombination der Produktionsfaktoren, die eigene Bestimmung über Art und Umfang der Produktion und des Verbrauchers. Durch diesen Wettbewerb der Produzenten und Händler um den Käufer, der Käufer um die Ware, aber auch der Arbeiter um den Arbeitsplatz wird dem Wirtschaftsleben Dynamik und Fortschritt verliehen und eine natürliche Auslese bewirkt. In diesen Funktionen erweist sich der Wettbewerb als ein elementarer Wirtschaftsbegriff. Im Rahmen einer wettbewerbs- oder marktwirtschaftlich orientierten Rechtsordnung wird jeder Teilnehmer am Wettbewerb durch den Zwang des Marktes und des Wettbewerbspreises zur Höchstleistung angehalten.

2. Begriff 'Wettbewerb' im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

Aufgabe des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb ist es, die Lauterkeit des Wettbewerbs zu sichern.¹⁾ Weder für die einzelnen Bewerber noch auch für die gesellschaftliche Einheit, in der sie den Wettbewerb betätigen, wäre der Wettbewerb sinnvoll, wenn etwa ein oder alle Bewerber sich durch den Aufwand zur Erlangung des Vorteils aufreiben oder durch verwerfliche Verhaltensweisen einander übervorteilen würden, oder wenn umgekehrt nicht das ihnen vernünftigerweise mögliche Höchstmaß oder nötige Mindestmaß des Aufwandes zum Einsatz käme. Es darf eben grundsätzlich der Wettbewerb nicht als 'triebhafter Vorgang zwischen konkurrierenden Individuen oder Gruppen'²⁾ aufgefaßt werden, sondern als Lebensäußerung im Rahmen des gesellschaftlichen Sinnzusammenhangs³⁾, in dem die Bewerber stehen und sich betätigen.

1) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 9. Auflage, 1964, 1. Band, 3. Kapitel, I. 2. a), S. 40

2) Gundlach, a.a.O.

3) Gundlach, a.a.O.

So gilt es, einen schranken- und hemmungslosen Wettbewerb, bei dem jedes Kampfmittel erlaubt ist, zu unterbinden, denn die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des einen Bewerbers ist durch die des anderen begrenzt. Wenn auch die Folge des Wettbewerbs ein Ausleseprozeß ist und das Bestehen und Überleben des Tüchtigeren im Wesen des Wettbewerbs begründet liegt, so wäre es unrichtig, die Vernichtung des Mitbewerbers, die eben mögliche Folge des Wettbewerbs sein kann und als notwendiges Übel in Kauf zu nehmen ist, zum Kennzeichen des Wettbewerbs zu machen. Träfe dies zu, so wäre der Wettbewerb gemeinschaftsschädlich.¹⁾

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb will die Betätigung dieses nicht triebhaften, auf Vernichtung des Mitbewerbers ausgerichteten, sondern sinnvollen Selbstinteresses mehrerer Individuen oder Gruppen als der einen für das Zustandekommen des Wettbewerbs notwendigen Bedingung sichern, wobei der Gesetzgeber, nur den wirtschaftlichen Wettbewerb zu ordnen, beabsichtigt. So bestimmt § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, daß jeder auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann, der 'im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen'.

Wenn damit auch feststeht, daß den Tatbestand des § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb nur eine Wettbewerbs-handlung erfüllen kann, die sich auf ökonomischem Gebiet abspielt und die sich im Bereich der Werbung oder des Absatzes selbst vollziehen kann, ohne gegen einen bestimmten Mitbewerber gerichtet zu sein, so gibt das Gesetz keine Begriffsbestimmung für den Wettbewerb als der 'Urkraft menschlichen Handelns'²⁾. Der Begriff wird vielmehr vorausgesetzt.

Rechtsprechung und Lehre blieb es überlassen, den Begriff 'Wettbewerb' des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb zu umschreiben, um ihm einen für die Rechtsanwendung erforderlichen und brauchbaren, justitiablen Inhalt zu geben.

1) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., 1. Kapitel, II. 6. Anm. 18 B, S. 12

2) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., 1. Kapitel, I. Anm. 1, S. 2

Ausgehend von dem Begriff des Wettbewerbs im allgemeinen als dem 'Streben, das zu gewinnen, was ein anderer zu gleicher Zeit zu gewinnen strebt' - 'rivalry for the same thing'¹⁾ -, wobei sich aus der Gleichheit des Zieles, das mehrere zu erreichen suchen, zwangsläufig die Konkurrenz der einzelnen Bewerber oder Gruppen von Bewerbern ergibt, wurde der Begriff des 'geschäftlichen, wirtschaftlichen Wettbewerbs', mit dem allein es das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb zu tun hat, vom Ziel her näher bestimmt.

Beim Wettbewerb im Sinne des § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb geht es allein um die Kaufkraft des Kunden.²⁾ Damit wird darauf abgestellt, durch das Bieten günstigerer Bedingungen den Kunden zum Vertragsabschluß zu gewinnen.³⁾

Das Reichsgericht hat in seiner in RG St. 58, 429 ff. veröffentlichten Entscheidung vom 1. 12. 1924 ausgeführt, daß den Zwecken des Wettbewerbs im geschäftlichen Verkehr eine Handlung dann diene, 'wenn durch sie der eigene Absatz gefördert oder ein fremder beeinträchtigt, der eigene Kundenkreis auf Kosten von Gewerbsgenossen erweitert werden soll'.

Aus dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung⁴⁾ ergibt sich die entscheidende Bedeutung, die dem Moment des Absatzes bei der Bestimmung des Begriffes 'zu Zwecken des Wettbewerbs',

1) Webster's New International Dictionary 1949:

'Competition is the act of seeking or endeavoring to gain that for which another is also striving; rivalry, mutual strife for the same object.'

Webster's New World Dictionary 1953, S. 298:

'Competition denotes a striving for the same object, position, prize etc. usually in accordance with certain fixed rules.'

2) Webster's New International Dictionary 1949:

'The effort of two or more parties acting independently, to secure the custom of a third party by offering most favourable terms.'

3) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., 1. Kapitel, II. 1. Anm. 2, S. 3, wobei offen bleibt, von wessen Standpunkt aus die Bedingungen günstiger sind. Darum kann entgegen Baumbach-Hefermehl das Bieten günstigerer Bedingungen durchaus als Wesensmerkmal des wirtschaftlichen Wettbewerbs angesprochen werden.

4) RG St. 58, 429 (431) und RG Z. 118, 133 ff. (136)

das heißt des wirtschaftlichen Wettbewerbs, zukommt. Das Reichsgericht legt nämlich weiter dar, daß von einem Wettbewerb im Sinne des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb zwischen solchen Betrieben nicht gesprochen werden könne, 'die beim Absatz ihrer Waren und Leistungen gar nicht in einen Wettbewerb miteinander treten, sondern lediglich das miteinander gemein haben, daß auch sie im allgemeinen dem Güterabsatz dienen und zur Aufrechterhaltung ihrer Betriebe die gleichen Betriebsmittel nötig haben' und daß 'in derartigen Fällen ein Handeln zum Zwecke des Wettbewerbs schon deshalb nicht vorliege, weil ein Absatz der bezogenen Waren weder in Aussicht genommen werde, noch tatsächlich erfolge'.

Das Bemühen zweier oder mehrerer Gewerbetreibender um das Geschäft, das Bestreben, 'ins Geschäft zu kommen und im Geschäft zu bleiben'¹⁾, das tätige Bemühen um den auf Waren oder Leistungen bezogenen Absatz, um den Gewinn, machen den wesentlichen Kern der Konkurrenz oder des geschäftlichen Wettbewerbs aus²⁾. In diesem Sinne sind der wirtschaftliche oder geschäftliche Wettbewerb als eine 'Form der einzelwirtschaftlichen Initiative oder der Unternehmertätigkeit'³⁾ und der 'auf dem erwerbswirtschaftlichen Prinzip beruhende Kampf um den Kunden'⁴⁾ zu verstehen.

Der Bundesgerichtshof⁵⁾ hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts hinsichtlich der begrifflichen Umschreibung des Tatbestandsmerkmals 'zu Zwecken des Wettbewerbs' in § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb bestätigt und sieht den Sinn jeden wirtschaftlichen Wettbewerbs im Eindringen in den Kundenkreis des Mitbewerbers, um ihm durch Güte und Preise der eigenen gewerblichen Leistungen oder Waren die Kunden abspenstig zu machen.

1) Ottel, Wettbewerb als sozialistische Wirtschaftspolitik, in 'Wirtschaft und Wettbewerb' 1953, 65 ff. (71)

2) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., 1. Kapitel, II. 1. Anm. 2, S. 2/3

3) Ottel, a.a.O., S. 71

4) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., 1. Kapitel, II. 1. Anm. 2, S. 2

5) BGH Z. 19, 392 ff. (395) und BGH Z. 23, 365 ff. (370)

So hat die Rechtsprechung den Begriff 'Wettbewerb' des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb nicht aus volkswirtschaftlichen Überlegungen hergeleitet, sondern aus praktischen Erwägungen in dieser Weise angenommen¹⁾ und zu einer handhabungsfähigen Inhaltsbestimmung dieses Begriffes gefunden, wenn auch nicht der Wettbewerb als solcher, sondern im Zusammenhang mit der Handlung 'zu Zwecken des Wettbewerbs' umschrieben worden ist.

3. Begriff 'Wettbewerb' im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Die Möglichkeit, daß mehrere Wettbewerber ihr Begehren nach demselben Vorteil oder Ziel im Wettbewerb betätigen, kann einmal begrenzt oder ganz aufgehoben werden. Denn die Folgerungen, die sich aus der Natur des Wettbewerbs für sein eigenes Fortbestehen oder Erliegen ergeben, sind eigenartig.

Dadurch, daß es sich beim Wettbewerb immer um eine möglichst günstige Erlangung des erstrebten Vorteils handelt, tritt das oben erwähnte Bestreben der Bewerber ein, ihren Aufwand und Einsatz beim Wettbewerb in den Grenzen des Nichtzuviel und Nichtzuwenig zu halten. Diese Einstellung der Bewerber drängt aber darauf hin, daß jeder Bewerber den Wettbewerb eigentlich gern vermeiden würde und in der Regel auch dann vermeiden wird, wenn er glaubt, ohne Wettbewerb günstiger in den Besitz des erstrebten Vorteils gelangen zu können.

Der Drang zum Wettbewerbsausschluß, zum Monopol, ist daher gerade aus der Situation des Wettbewerbs heraus für jeden der im Wettbewerb miteinander stehenden Bewerber naheliegend.

Unter anderem Gesichtspunkt kann allerdings gerade die Situation des Wettbewerbs den konkurrierenden Individuen zu umgekehrten Folgerungen Anlaß geben. Sie haben nämlich auch zu bedenken, daß das Wegfallen des Wettbewerbs zur Beeinträchtigung ihres Selbstinteresses führen kann. Das ist einmal dann der Fall, wenn ein Bewerber gerade durch einen Sieg im und durch Wettbewerb vermehrtes Ansehen erstrebt, wenn zum Beispiel der Hersteller des Kraftfahrzeuges A durch einen im wirtschaftlichen Wettbewerb erzielten geschäftlichen Erfolg über den bedeutenden Hersteller

1) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 2. Kapitel, II. 2.

des bei den Verbrauchern ebenfalls geschätzten Kraftfahrzeuges B in der allgemeinen Achtung zu steigen erstrebt. Zum anderen beeinträchtigt das Wegfallen des Wettbewerbs das Selbstinteresse der Wettbewerber, wenn sie alle gerade von der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs ein ständiges Wecken und Wachhalten ihrer eigenen geistigen und materiellen Anstrengung, kurz ihrer 'dauernden Lebendigkeit'¹⁾ zu erwarten haben.

Diese scheinbar sich widersprechende Stellungnahme zum Wettbewerb vom Selbstinteresse der Individuen her dürfte ihre Erklärung in der möglichen verschiedenen Betrachtungsweise der den Bewerbern innewohnenden Schaffenskraft finden. Die aus der Situation des Wettbewerbs sich ergebende Monopolfreundlichkeit der einzelnen Bewerber beruht auf einer nur den gegebenen Augenblick und einen Teilbezirk der eigenen Fähigkeiten und Möglichkeiten berücksichtigenden Einstellung. Demgegenüber kann eine weitsichtigere, auf Dauer abgestellte und die Gesamtpersönlichkeit beachtende Auffassung den Vorteil des Fortbestehens des Wettbewerbs auch für die einzelnen Bewerber nicht übersehen. Damit stimmt dann überein, daß der Wettbewerb auch als Lebensäußerung der Gesellschaft, näherhin der gesellschaftlichen Einheit, der die Wettbewerber angehören, betrachtet werden muß, und daß vom Standpunkt des gesellschaftlichen Interesses der Wettbewerb eher zu befürworten als abzulehnen ist²⁾.

Ganz in diesem Sinne führt die Bundesregierung in ihrer Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen³⁾ aus: 'Das Gesetz geht von der durch die wirtschaftswissenschaftliche Forschung erhärteten wirtschaftspolitischen Erfahrung aus, daß die Wettbewerbswirtschaft die ökonomischste und zugleich demokratischste Form der Wirtschaftsordnung ist.'⁴⁾

1) Gundlach, a.a.O.

2) Gundlach, a.a.O.

3) Gemeinschaftskommentar - Amtliche Begründung - A.I., S. 1057

4) Günther, Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der deutschen Wirtschaftspolitik, WuW 1960, 747 ff. (753)

Auch die Erfahrungen, die mit dem System der Marktwirtschaft seit der Währungsreform im Jahre 1948 in der Bundesrepublik Deutschland gemacht worden sind, sprechen für die Richtigkeit der Erkenntnis, daß die freie Unternehmerschaft, die Freiheit der Konsumwahl und die freie Preisbildung das leistungsfähigste und der allgemeinen Wohlfahrtsförderung am ehesten dienende Wirtschaftssystem ist.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957 stellt eine der wichtigsten Grundlagen zur Förderung und Erhaltung dieses Systems der Marktwirtschaft dar. Der Wettbewerb soll sichergestellt und wirtschaftliche Macht da beseitigt werden, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt. Der Wettbewerb und die durch ihn bedingte Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung sollen durch die im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgesehenen staatlichen Ordnungsmaßnahmen im weitesten Umfange erhalten werden.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen enthält keine Umschreibung dieses Begriffes 'Wettbewerb', der im weitesten Umfange erhalten werden soll. Die Vorschrift des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen bestimmt, daß 'Verträge ... und Beschlüsse ... unwirksam sind, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen'.

Die Bundesregierung stellt in ihrer Begründung der einzelnen Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen fest¹⁾: 'Der Begriff des Wettbewerbs wird vorausgesetzt', und fährt dann fort: 'Wie sich aus den Ausführungen des Teiles A der Begründung ergibt, ist als Wettbewerb das Streben zu betrachten, durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmen, den Verbraucher zum Ab-

1) Gemeinschaftskommentar, a.a.O., S. 1074

schluß eines Vertrages zu veranlassen.' Ein Hinweis findet sich noch in der Begründung¹⁾, wonach durch das Gesetz insbesondere sichergestellt werden müsse, 'daß die Funktion des Angebotes und der Nachfrage und damit der Marktpreis als Steuerungsfaktor des Wirtschaftsablaufes keine Erstarrung erfährt'.

Der Abgeordnete K u r l b a u m teilt in seinem Bericht an den Bundestag mit, daß der wirtschaftspolitische Ausschuß des Bundestages 'auf die Definition des wirtschaftlichen Wettbewerbsbegriffes verzichtet' habe²⁾. Der Ausschuß sei davon ausgegangen, daß unter wirtschaftlichem Wettbewerb jede Art wirtschaftlicher Handlung zu verstehen sei, die darauf gerichtet sei, sich im Wirtschaftskampf auf Kosten eines Wettbewerbers einen Vorteil zu verschaffen.

Im 'Schriftlichen Bericht' äußert der Abgeordnete des Bundestages Dr. H e l l w i g sogar die Ansicht³⁾, daß 'zum Beispiel eine Legaldefinition des Begriffes Wettbewerb als des Schutzobjektes des vorliegenden Gesetzentwurfes nicht möglich und daher in dem Entwurf auch nicht versucht worden' sei.

So obliegt nach dem Willen des Gesetzgebers der Rechtsprechung, den Kartellbehörden und der Wissenschaft die Aufgabe, den Begriff 'Wettbewerb' im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen seinem Wesen und seiner Aufgabe nach zu bestimmen und ihm den für die praktische Rechtsanwendung erforderlichen und brauchbaren, justitiablen Inhalt zu geben.⁴⁾ Auf diesem gewiß beschwerlichen Weg einen Beitrag beizusteuern, ist die Aufgabe dieser Arbeit.

II. Frage nach der Gleichheit beider Rechtsbegriffe

Bei den durch diese Stellungnahmen aufgezeigten Schwierigkeiten, eine justitiable Umschreibung des Begriffes 'Wettbewerb' zu finden, liegt es nahe zu fragen, ob das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb wegen der nahen Verwandtschaft der gesetzlich geregelten Materie in ihren Vorschriften vielleicht ein Tatbestandsmerkmal 'Wettbewerb' verwenden, das in beiden Gesetzen begrifflich gleich ist.

1) Gemeinschaftskommentar, a.a.O., A. IV. S. 1058

2) Gemeinschaftskommentar, a.a.O., S. 1174 und 1175

3) Gemeinschaftskommentar, a.a.O., S. 1172

4) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., S. 1213 Anm. 12 und BGH Z. 2, 184:
Die Auslegung hat nach Sinn und Zweck des Gesetzes zu erfolgen.

Wäre diese Frage nämlich zu bejahen, so hätte die vom Reichsgericht¹⁾ entwickelte und vom Bundesgerichtshof²⁾ bestätigte Bestimmung des Begriffes 'Wettbewerb' im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen übernommen werden können.

In diesem Falle würden die Schöpfer des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, denen die reichsgerichtliche Definition des Wettbewerbsbegriffes im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb bekannt war, gewiß keine Bedenken gehabt haben, diese Umschreibung des Begriffes 'Wettbewerb' wortwörtlich oder redaktionell überarbeitet als Legaldefinition in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu übernehmen, vorausgesetzt, daß sie von der Gleichheit beider Begriffe in den zwei verschiedenen Gesetzen überzeugt gewesen wären. Darum kann man 'prima facie' diesem gesetzestechnischen Vorgehen, daß nämlich der Gesetzgeber in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen eine Legaldefinition des Begriffes 'Wettbewerb' in Anlehnung an die reichsgerichtliche Definition des Wettbewerbsbegriffes im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nicht aufgenommen hat, schon entnehmen, daß nach der Ansicht des Gesetzgebers durch die Vorschrift des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ein Wettbewerb in seinem Bestand geschützt werden soll, der nicht dem Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb entspricht.

Fikentscher unternimmt in seiner Abhandlung 'Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz'³⁾ den interessanten Versuch, über die Frage nach der Einheitlichkeit des Wettbewerbsrechtes zu einer Gleichheit der Wettbewerbsbegriffe im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu finden. Er versteht unter 'Wettbewerbsrecht' das Recht des unlauteren Wettbewerbs und das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, wobei er sich des Begriffes 'Wettbewerbsrecht' als eines Oberbegriffes bedient. Über die Einheitlichkeit des Wettbewerbsrechtes gelangt er dann zur Gleichheit der Wettbewerbsbegriffe

1) RG St. 58, 429 ff. (431)

2) BGH Z. 19, 392 ff. (395) und BGH Z. 23, 365 ff. (370)

3) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958, München - Berlin

beider Gesetze, indem er als Ergebnis herausstellt, daß der 'Wettbewerbsbegriff in beiden Rechtsgebieten grundsätzlich derselbe ist'¹⁾.

Den Überlegungen Fikentschers kann man entnehmen, daß ihm bei seiner Untersuchung in erster Linie daran gelegen war, seine Ansicht von der Einheitlichkeit des Wettbewerbsrechtes zu entwickeln und das hierbei gewonnene Ergebnis mit Hilfe des nach seiner Meinung dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen gemeinsamen Wettbewerbsbegriff zu untermauern. Seine Untersuchungen galten also nicht vornehmlich der Frage nach einem den beiden vorerwähnten Gesetzen gemeinsamen Wettbewerbsbegriff, wodurch die Aussage über die Gleichheit der Wettbewerbsbegriffe zumindest an Gewicht verliert²⁾.

Fikentscher steht mit seiner Meinung von der Einheitlichkeit des Wettbewerbsrechtes keineswegs allein, wie ein Blick in das Schrifttum und die Rechtsprechung zeigt. Den Schritt von der Einheitlichkeit des Wettbewerbsrechtes zur Gleichheit der Wettbewerbsbegriffe in beiden Gesetzen hat er, soweit ersichtlich, aber als erster getan.

Fikentscher³⁾ stellt die Rechtsentwicklung in folgender Weise dar:

Der überwiegende Sprachgebrauch gehe heute noch dahin, unter dem Wettbewerbsrecht das Recht des unlauteren Wettbewerbs zu begreifen, wie es in der Hauptsache im Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 enthalten sei. Dazu trete nach einer verbreiteten Auffassung das Warenzeichenrecht als ein Teil des Wettbewerbsrechtes. Ein Zusammenhang zwischen dem Recht des unlauteren Wettbewerbs und der Kartellverordnung

1) Fikentscher

a) Die Deutsche Kartellrechtswissenschaft von 1945 bis 1954, in WuW 1955, 205 ff. (224) und ZHR 117, 5;

b) Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 2. Kapitel, II. Der Begriff des Wettbewerbs, Anm. 6

2) Kummer, a.a.O., führt auf S. 147 aus, daß die von Fikentscher vorgeschlagene Definition des gemeinsamen Wettbewerbsbegriffes verfehlte Einengungen bringe, wenn man sie dem Lauterkeits- und Freiheitsschutz unterlege.

3) Fikentscher, a.a.O., in WuW 1955, 205 ff.

von 1923 sei zunächst kaum beachtet worden. Der Gedanke, daß der Mißbrauch einer wirtschaftlichen Machtstellung in einer Form der Beschränkung des Wettbewerbs den Folgen des unlauteren Wettbewerbs entsprechende Auswirkungen haben könne, habe dem allgemeinen Rechtsbewußtsein zumindest in Deutschland ferngelegen.

Das Reichsgericht¹⁾ habe das Kartellrecht und das Recht des unlauteren Wettbewerbs scharf getrennt, indem es zum Beispiel erklärt habe, das Verbot unlauteren Wettbewerbs betreffe jedenfalls nicht das Vorgehen eines Kartells gegen seine Außenseiter. Doch habe schon früh eine Entwicklung eingesetzt, die auf eine Erweiterung des Begriffes 'Wettbewerbsrecht' abgezielt habe. Ulmer²⁾ habe wohl als erster die Frage gestellt, ob man nicht zweckmäßig das Kartellrecht der Kartellverordnung von 1923 in das Wettbewerbsrecht einbeziehen sollte, es jedoch als nicht empfehlenswert abgelehnt. Ulmer habe in diesem Zusammenhang aber zuerst erwähnt, daß Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbs Teile einer übergeordneten Einheit seien. Nach 1933 habe Gelegenheit bestanden, das Wettbewerbsrecht einer erneuten Prüfung auf seine grundsätzlichen Zusammenhänge zu unterziehen. Auf die Notwendigkeit einer Neuorientierung im Sinne eines einheitlichen Wettbewerbs- und Wirtschaftsrechtes hätten Böhm³⁾, Raiser⁴⁾, Tschierschky⁵⁾ und andere hingewiesen. Aber die folgenden Jahre der Planwirtschaft und später der Kriegswirtschaft hätten diesen Ideen den Impuls genommen. In der herrschenden Meinung und in der Rechtsprechung sei es bei der Trennung von Kartellrecht und dem Recht des unlauteren Wettbewerbs geblieben.

Doch habe nach dem 2. Weltkrieg die Frage nach dem Verhältnis von Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbs nicht

1) RG St. 56, 271

2) Ulmer, Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht, Berlin, 1932, S. 9, Anm. 5, S. 16 ff., insbesondere Anm. 18 a.E und in GRUR 1937, 769

3) Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, Berlin

4) Raiser, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1934, S. 95

5) Tschierschky, Wettbewerbsrecht und wirtschaftliche Organisationspolitik, in KR 1935, 864: Tschierschky verwendet hier den Ausdruck 'Wettbewerbsrecht' für die gesamte rechtliche Ordnung des Wettbewerbs einschließlich des Kartellrechts.

mehr in der gleichen Form gestellt werden können wie in der Zeit der Kartellverordnung.

Auf Grund der Lehren des Ordoliberalismus der 'Freiburger Schule' und des Einflusses der alliierten Dekartellierungsgesetze in den ersten Nachkriegsjahren habe sich nunmehr drängender die Aufgabe ergeben, das Verhältnis zwischen dem Recht des unlauteren Wettbewerbs und dem Recht der Wettbewerbsbeschränkungen rechtssystematisch zu untersuchen. Umfassender und ausgesprochener als zur Zeit der Kartellverordnung habe es nun neben dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ein Rechtsgebiet mit wirtschaftspolitischer Zielsetzung gegeben, das den Wettbewerb als solchen schützen wollte. Neben den qualitativen Wettbewerbsschutz sei der quantitative getreten, neben den im wesentlichen unpolitischen der wirtschaftspolitisch ausgerichtete.

So haben denn auch Hefermehl¹⁾ und andere²⁾ das Recht des unlauteren Wettbewerbs und das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen einem einheitlichen Begriff des 'Wettbewerbsrechtes' im weiteren Sinne untergeordnet.

Fikentscher³⁾ bemüht sich darum um die Erschließung eines neuen Wettbewerbsrechtes, das dem 'geschichtlichen Werdegang seines klassischen Kerns gerecht wird, dem Recht des unlauteren Wettbewerbs, das aber auf der anderen Seite das hinzugekommene Recht der Wettbewerbsbeschränkungen sinnvoll in sich aufnimmt und das gleichzeitig brauchbare Abgrenzungen zu den gewerblichen Sonderschutzrechten bietet'.

Um diesem Ziel näherzukommen, beschäftigt er sich zunächst mit dem Kernbegriff dieses Wettbewerbsrechtes, dem Wettbewerb, den er als einen außerrechtlichen, volkswirtschaftlichen Begriff bezeichnet, dessen soziologischer Hintergrund nicht vernachlässigt werden dürfe.

1) Hefermehl, Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechtes, 1955, in Festschrift für Hans Carl Nipperdey, S. 287 Anm. 1 und S. 299 Anm. 6
Baumbach-Hefermehl, a.a.O., 3. Kapitel, IV., S. 45 ff.

2) Fikentscher, a.a.O., in WuW 1955, 224

3) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1. Kapitel, Anm. 8

Dr¹⁾ stellt sich demzufolge zu Beginn die Frage, ob das Recht des unlauteren Wettbewerbs und das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen denselben Wettbewerbsbegriff verwenden. Hierzu bedarf es notwendig zuerst der Feststellung, was unter 'Wettbewerb' begrifflich zu verstehen ist. Dann erst kann gesagt werden, warum über gewisse Formen des Wettbewerbs das Unwerturteil der Unlauterkeit ausgesprochen wird. Ebenso muß zuerst ermittelt werden, was man unter einer Wettbewerbsbeschränkung zu verstehen hat, ehe man daran gehen kann, zu prüfen, wann eine Wettbewerbsbeschränkung verboten ist.

Rechtsgeschichtlich vermerkt Fikentscher²⁾, daß sich der Rechtsbegriff des Wettbewerbs zweigleisig entwickelt hat, einmal im Recht des unlauteren Wettbewerbs, ein andermal im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, ohne daß die eine Entwicklung auf die andere Rücksicht genommen hat. Das hat - nach der Ansicht von Fikentscher nur anscheinend - zu verschiedenen Wettbewerbsbegriffen in den beiden Rechtsgebieten geführt. An dieser Zweigleisigkeit hält auch das Schrifttum fest³⁾, sofern es überhaupt zu dieser Frage Stellung nimmt. Benisch⁴⁾ setzt sich in seiner Abhandlung 'Einkaufsmacht und Kartellbegriff' kritisch mit dem Wettbewerbsbegriff Westermanns⁵⁾ auseinander und stellt unter anderem fest, daß Westermann den Fehler begeht, 'den für das Recht des unlauteren Wettbewerbs geltenden Wettbewerbsbegriff des Reichsgerichts⁶⁾ und des Bundesgerichtshofes⁷⁾ unkritisch auf

1) Fikentscher, a.a.O., 2. Kapitel I.

2) Fikentscher, a.a.O., 2. Kapitel II.

3) a) Benisch, Einkaufsmacht und Kartellbegriff, WuW 1956, 480 ff.

b) Gleiss, in NJW 1954, 659

4) Benisch, a.a.O., WuW 1956, 482

5) Westermann, Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetz, Karlsruhe 1956, S. 12 ff.

6) RG St. 58, 429 ff. und RG Z. 135, 350 und 134, 350

7) BGH in NJW 1956, 430:

Das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof definieren den Wettbewerb im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb als das Bestreben, den eigenen Absatz auf Kosten des Kundenkreises eines anderen zu erhalten und zu erweitern.

das Monopolrecht zu übernehmen', wobei B e n i s c h darauf hinweist, daß 'gegen die für den Bereich des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb übliche enge Definition des Wettbewerbs im Sinne eines Ringens um Kunden keine Bedenken bestünden, denn dieses Gesetz befaße sich de lege mit wettbewerblichen Kampfmethoden zwischen Branchegenossen. Im Gegensatz zu diesem primär dem Individualschutz der Mitbewerber dienenden Zweck des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb bestehe das Wesen des Kartellrechts aber darin, den freien Wettbewerb als Institution der Marktwirtschaft zu schützen', denn 'Schutzgegenstand des Kartellrechts sei die Gesamtwirtschaft und das Gemeinwohl'. B e n i s c h beruft sich hierbei auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes¹⁾ und auf das Schrifttum²⁾. Hefermehl³⁾ weise daher zutreffend darauf hin, daß der Begriff 'Wettbewerb' im Kartellrecht eine andere Bedeutung habe und 'durch die Antithese zwischen Wettbewerbsfreiheit und Wettbewerbsbeschränkung eine zweite Bedeutung gewinne', wobei aber nach H e f e r m e h l die zweite Bedeutung des Begriffs 'Wettbewerb' der ersten logisch vorgeordnet ist. Dieser Ansicht H e f e r m e h l s pflichtet F i k e n t s c h e r⁴⁾ insoweit auch bei, 'als Wettbewerb nur dort lauter sein kann, wo er überhaupt besteht', mit anderen Worten, eine lautere Wettbewerbshandlung setzt das Bestehen von Wettbewerb voraus. F i k e n t s c h e r⁵⁾ sieht sich darum in diesem Zusammenhang auch zu der Feststellung veranlaßt, daß 'danach also dem Recht der Wettbewerbsbeschränkungen innerhalb des Wettbewerbsrechts sogar das Primat vor dem Recht des unlauteren Wettbewerbs zukäme'.

1) BGH in WuW 1954, 452

2) a) Würdinger, Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, WuW 1953, 721 ff. (730)

b) Callmann, Das deutsche Kartellrecht, Berlin 1933, S. 287

c) Möhring, Wettbewerbsordnung und Kartellrecht, WuW 1954, 387 ff.

d) Ewald, WuW 1956, 257

3) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., 3. Kapitel, IV. 1. Anm. 79, S.45 ff.

4) Fikentscher, Die deutsche Kartellrechtswissenschaft von 1945 bis 1954, WuW 1955, 205 ff. (224)

5) Fikentscher, a.a.O., in WuW 1955, 224

Das Antitrustrecht der Vereinigten Staaten von Amerika umschreibt diese Beziehungen zwischen Wettbewerbsfreiheit und Wettbewerbsbeschränkungen mit den Worten:

'Competition is the antithesis of monopoly' und ¹⁾

'Unfair competition only is forbidden and cannot exist unless there is competition and there cannot be competition unless there is something to compete with.'

F i k e n t s c h e r macht noch auf die Abhandlung 'Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme' von M e y e r - C o r d i n g ²⁾ aufmerksam, um zu belegen, daß das Schrifttum an der Zweigleisigkeit des Begriffes 'Wettbewerb' im Unlauterkeits- und Beschränkungsrecht festhalte.

Dies trifft allerdings bei M e y e r - C o r d i n g nicht zu, denn er übersieht geradezu diese Frage der verschiedenen Bedeutung des Begriffes 'Wettbewerb' im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Er stellt seine Untersuchungen nur auf das Monopolproblem ab, ohne auf das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb einzugehen, worauf F i k e n t s c h e r selbst hinweist, und begeht noch den Fehler, den für das Recht des unlauteren Wettbewerbs geltenden Wettbewerbsbegriff unkritisch auf das Monopolrecht zu übernehmen, was G l e i s s ³⁾ bereits beanstandet hat.

M e y e r - C o r d i n g sieht den Begriff des Wettbewerbs, den er in seiner Schrift untersuchen und darlegen will, als den 'zentralen Tatbestand der Wirtschaftsordnung der Marktwirtschaft' an, das heißt als den Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Er geht von der Wortinterpretation aus und stellt die bildhaft-anschaulichen Vergleiche dar, mit

1) Raladam Co. v. Federal Trade Commission, C.C.A.,
42 F 2 d 430, 436

2) Meyer-Cording, Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme, Tübingen 1954, VI. Abschnitt: Der Wettbewerb, S. 33/34

3) Gleiss in NJW 1954, 659

denen namhafte Autoren, wie L o b e¹⁾ und B ö h m²⁾ den Wettbewerb umschrieben haben, um dann auszuführen, daß er sich 'mit einer schlichteren Definition des Wettbewerbs begnüge'³⁾. Indem M e y e r - C o r d i n g für den zentralen Tatbestand der Wirtschaftsordnung der Marktwirtschaft den Begriff des Wettbewerbs übernimmt, wie ihn das Reichsgericht für das Recht des unlauteren Wettbewerbs entwickelt und der in die Rechtsprechung Eingang gefunden hat, kann man deutlich erkennen, daß er in diesem Zusammenhang das Problem von der Zweigleisigkeit des Wettbewerbsbegriffes im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen überhaupt nicht gesehen hat.

Wenn er als Wettbewerb 'das Bestreben, den eigenen Kundenkreis auf Kosten des Kundenkreises eines anderen zu erhalten und nach Möglichkeit zu vermehren', bezeichnet, so stimmt diese Umschreibung des Begriffes 'Wettbewerb' fast wortwörtlich mit der reichsgerichtlichen Definition des Wettbewerbsbegriffes des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb überein und kann nicht unbesehen als für den Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zutreffend übernommen werden.

An diesem Mangel rechtssystematischer Genauigkeit leidet auch M e y e r - C o r d i n g s Besprechung⁴⁾ der Monographie 'Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz' von F i k e n t s c h e r.

1) Lobe, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, 1907, Band I. Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung, §§ 1, 2 und 6, S. 1 - 14, 47 ff.

Von allen Schriftstellern ist Lobe der einzige, der sich mit dem Wesen, der Technik und dem Prinzip des wirtschaftlichen Kampfes befaßt. Lobe ist denn auch der einzige, der das Problem des unlauteren Wettbewerbs mit an sich erlaubten Mitteln klar erkennt und umschreibt. Ihm verdanken wir das treffende Beispiel von der Unlauterkeit der Motorenbenutzung bei einem Wetttrudern, ein Beispiel, an dem Lobe überzeugend demonstriert, daß eine außerhalb des Wettbewerbsverhältnisses durchaus einwandfreie Handlung, nämlich die Fortbewegung in einem Motorboote, innerhalb eines bestimmten Wettbewerbsverhältnisses im höchsten Grade unfair sein kann.

2) Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 22, 212 ff.

3) Meyer-Cording, a.a.O., S. 34

4) Meyer-Cording in GRUR 1959, 390

Meyer-Cording stimmt der Formulierung des zentralen Wettbewerbsbegriffes bei Fikentscher¹⁾ zu und schließt sich damit folgender Definition des Begriffes 'Wettbewerb' im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen an:

'Wettbewerb ist das selbständige Streben sich objektiv gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindungen mit Dritten (Kunden) durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen.'

Meyer-Cording hat auch hier unberücksichtigt gelassen, daß Fikentscher in seinem Bestreben, zu einem einheitlichen Wettbewerbsrecht zu gelangen, nach einer Gleichheit der Wettbewerbsbegriffe in beiden Gesetzen sucht. Ganz abgesehen davon, daß diese Begriffsbestimmung von Fikentscher mit der von Meyer-Cording selbst vorgeschlagenen Bezeichnung des Wettbewerbs als des zentralen Tatbestandes der Wirtschaftsordnung der Marktwirtschaft nicht genau übereinstimmt, das Reichsgericht²⁾ in seine Definition des Begriffes 'zu Zwecken des Wettbewerbs' in § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb nie das 'Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen' aufgenommen hat und Fikentscher trotz dieser höchstrichterlichen Umschreibung des Wettbewerbsbegriffes im Recht des unlauteren Wettbewerbs noch eine neue für das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen schuf, um dann deren Gleichheit zu behaupten. Dabei soll keineswegs verkannt werden, daß Fikentscher seinen Wettbewerbsbegriff im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen durch eine grundsätzliche Korrektur des modelltheoretischen Wettbewerbsbegriffes der Marktformentheorie über die Lehre von der 'monopolistischen Konkurrenz unter wenigen' gewonnen hat.

Meyer-Cording stimmt zwar der von Fikentscher vorgeschlagenen Formulierung des Begriffes 'Wettbewerb' zu, glaubt aber, nicht durchweg die daraus gezogenen Folgerungen billigen zu können. Wohl hält er für richtig, daß der Wettbewerb in der geschäftlichen Praxis heute oft 'monopolistisch oder oligopolistisch' ist, weil mit zunehmender Differenzierung der angebotenen Güter immer mehr Monopolisten mit Substitutionsprodukten konkurrieren.

1) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 2. Kapitel, Anm. 4, S. 39

2) RG Z. 134, 350 und 135, 350

Dennoch vermag er nicht anzuerkennen, daß die Vorstellung E u c k e n s ¹⁾ und die des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen einen Irrtum enthalten. Er wendet sich vor allem gegen die Ansicht F i k e n t s c h e r s ²⁾, daß nach allgemeiner Meinung von einem Wettbewerb gerade dann nicht gesprochen werden könne, wenn für die Mitbewerber der Marktpreis feststehe und für sie die Möglichkeit fehle, sich gegenseitig zu beeinflussen, mit anderen Worten, daß daher erst Konkurrenz gegeben sei, wenn monopolistisches oder oligopolistisches Verhalten nachgewiesen werde. Nach Ansicht von M e y e r - C o r d i n g ³⁾ führen aber die Beeinflussung durch Werbung und die allgemeine Rivalität dahin, daß keiner der Wettbewerber den Marktpreis, der sich im allgemeinen Kräftespiel bildet, verändern kann. Eine derartige Beeinflussung genüge aber für den Wettbewerbsbegriff, ohne daß man dafür eine weitergehende Möglichkeit der Einwirkung auf den Marktpreis fordern müßte.

M e y e r - C o r d i n g würde dem von F i k e n t s c h e r vorgeschlagenen Wettbewerbsbegriff für das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen nicht zugestimmt haben, wenn er bei der Besprechung der Schrift von F i k e n t s c h e r berücksichtigt hätte, daß dieser in seiner Abhandlung das Bestehen einer Ein-

1) Eucken, Grundlagen der Nationalökonomie, 6. Auflage, 1950, S. 95:

Eucken orientiert seinen Wettbewerbsbegriff an der Frage, ob der einzelne Unternehmer nach seiner subjektiven Vorstellung den Preis als gegeben vom Markt übernimmt und demnach selbst nicht damit rechnet, den Markt beeinflussen zu können. Euckens nationalökonomische Untersuchungen sind wiederum von maßgeblichem Einfluß für den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen geworden. Die amtliche Begründung zu diesem Entwurf definiert im Anschluß an Eucken, Böhm und Callmann den Wettbewerbsbegriff wie folgt:

Die Zahl der Marktteilnehmer auf beiden Marktseiten muß so groß sein, daß der Marktpreis für den Unternehmer eine von seinem Verhalten im wesentlichen unabhängige Größe ist.

2) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 2. Kapitel, S. 35, 37 ff.
'Dieser Wettbewerbsbegriff im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, wie er anscheinend bisher von der allgemeinen Meinung angenommen wird, beruht auf einem Irrtum. Er entspricht zunächst schon nicht dem täglichen Sprachgebrauch. Der Begriff 'Wettbewerb' wird in der geschäftlichen Praxis und in der Theorie in verschiedener Weise verwendet.'

3) Meyer-Cording, GRUR 1959, 390

heitlichkeit zwischem dem Recht des unlauteren Wettbewerbs und dem Recht der Wettbewerbsbeschränkungen nachzuweisen versucht und aus diesem Grunde auch zu einem für beide Rechtsgebiete übereinstimmenden ¹⁾ Wettbewerbsbegriff gefunden hat. Dann wäre er auch der Notwendigkeit enthoben gewesen, die von F i k e n t - s c h e r aus den gewonnenen Einsichten und Ergebnissen gezogenen Folgerungen ablehnen zu müssen.

Indem M e y e r - C o r d i n g nämlich den von F i k e n t - s c h e r umschriebenen Begriff 'Wettbewerb' im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen als für das Beschränkungsrecht zutreffend anerkennt, übernimmt er eine Begriffsbestimmung für das Tatbestandsmerkmal 'Wettbewerb' in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die zunächst einmal nicht unbestritten ist.²⁾ Das allerdings brauchte keinen Hinderungsgrund darzustellen. Zum anderen ist sie durch die Bezugnahme auf eine 'Kampfposition'³⁾ aber auch nicht geeignet, Sinn und Zweck des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gerecht zu werden und alle die Wettbewerbsverhältnisse einzubeziehen, die M e y e r - C o r d i n g in Anlehnung an die Lehre von E u c k e n noch als Wettbewerbshandlung gewertet wissen will. Auf die Gefahr einer zu engen Auslegung des Begriffes 'Wettbewerb' im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit einer besonders 'scharfen Definition'⁴⁾ bei aller Anerkennung einer einengenden Anwendung der Vorschrift des § 1 des Gesetzes gegen

1) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 2. Kapitel, Anm. 6, S. 40:

'Wendet man nun den Blick zurück auf den Begriff des Wettbewerbs im Recht des unlauteren Wettbewerbs, so zeigt sich, daß der Wettbewerbsbegriff in beiden Rechtsgebieten grundsätzlich derselbe ist. In dem einheitlichen Wettbewerbsbegriff liegt einer der Hauptgründe dafür, daß es berechtigt ist, von einem einheitlichen Recht des Wettbewerbs zu sprechen, welches das Beschränkungsrecht und das Unlauterkeitsrecht umfaßt.'

2) Brugger, Zur Auslegung des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1959, 467 ff. (477); Sölter, Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, Düsseldorf 1960, S. 54 ff.

3) Benisch, Einkaufsmacht und Kartellbegriff, WuW 1956, 480 ff. Westermann will den Anwendungsbereich des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen offenbar nur auf solche Fälle beschränken, in denen gleichgerichtete Unternehmen zueinander in 'Kampfposition' stehen.

4) Westermann, a.a.O., S. 12 ff.

Wettbewerbsbeschränkungen weist Benisch¹⁾ in seiner Abhandlung 'Einkaufsmacht und Kartellbegriff' mit der darin enthaltenen Kritik des Wettbewerbsbegriffes bei Westermann hin. Die von Benisch gegen Westermanns Wettbewerbsbegriff vorgebrachten Einwendungen treffen auch auf die von Fikentscher vorgeschlagene Umschreibung des Wettbewerbsbegriffes im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen zu und sind aus diesem Grunde auch gegen Meyer-Cording gerichtet, da sich dieser Schriftsteller diesen Wettbewerbsbegriff zu eigen macht.

Das ist um so unverständlicher, als Benisch und Meyer-Cording um eine Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe in der Vorschrift des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nach Sinn und Zweck dieses Gesetzes bemüht sind und dabei keineswegs die Brauchbarkeit der von Eucken vorgegebenen und in den Entwurf des Gesetzes aufgenommenen Bezeichnung des Begriffes 'Wettbewerb' verneinen. Dieser Widerspruch in der Auffassung Meyer-Cordings erklärt sich aber aus der unbesesehenen Übernahme von Ergebnissen rechtssystematischer Untersuchungen anderer Schriftsteller, ohne, wie in diesem Falle, den von Fikentscher bezeichneten Wettbewerbsbegriff im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als das Ergebnis einer solchen Untersuchung mit dem Ziel eines einheitlichen Wettbewerbsrechtes und eines zentralen Wettbewerbsbegriffes zu erkennen.

Diese 'Unbekümmertheit' in der zustimmenden Verwendung der von Fikentscher formulierten Definition des unbestimmten Rechtsbegriffes 'Wettbewerb' in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen trifft man bei Arbeiten über Probleme des Rechtes gegen Wettbewerbsbeschränkungen häufig an, wodurch das Ergebnis einer solchen Arbeit oft nicht beeinträchtigt wird, sich aber leicht eine sogenannte herrschende Meinung zu diesem Wettbewerbsbegriff bildet.

1) Benisch, a.a.O.:

So notwendig eine Einengung des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auch erscheint, dürfte doch der von Westermann unternommene Versuch, mit Hilfe seiner 'besonders scharfen Definition' des Wettbewerbsbegriffes dieses Ziel zu erreichen, dem Zweck des Gesetzes nicht entsprechen. Zur Abgrenzung der in § 1 des Entwurfes enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe sind Sinn und Zweck des Gesetzes aber heranzuziehen.

So übernimmt M e e s ¹⁾ die Definition des Begriffes 'Wettbewerb' von B o r c h a r d t - F i k e n t s c h e r ²⁾, 'weil der Wettbewerb vom Gesetz geschützt werden muß, den der praktisch wirtschaftende Mensch als solchen empfindet und dieses Erfordernis durch den Wettbewerbsbegriff dieser Schriftsteller erfüllt wird', ohne jedoch die rechtssystematischen Erwägungen zu berücksichtigen, die zu dieser Definition geführt haben. Sein Hinweis auf B a r t h o l o m e y c z i k ³⁾ trifft aber nur insoweit zu, als dieser auch hervorhebt, 'daß ein theoretisches Marktmodell nicht Schutzobjekt des Gesetzes sein könne und daß es daher der Wettbewerb sein müsse, wie ihn der Wirtschaftsverkehr auffasse'. Vergeblich sucht man allerdings einen der Umschreibung des Begriffes 'Wettbewerb' im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen durch B o r c h a r d t - F i k e n t s c h e r zustimmenden Vermerk, wie dies M e e s behauptet. Bei B a r t h o l o m e y c z i k liest man vielmehr, daß es schwierig sei, ja kaum möglich, den Begriff 'Wettbewerb' für das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen so zu bestimmen, daß man schon heute von einer herrschenden Meinung sprechen könne. Eine Definition dieses Wettbewerbsbegriffes müsse in ihre Begriffsmerkmale die Wesensmerkmale des Begriffes aufnehmen, über sie bestehe aber heute noch keine allgemein anerkannte Klarheit. Ebensowenig kann sich M e e s auf E w a l d ⁴⁾ und

1) Mees, Die Verdingungsordnungen und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Mainzer Dissertation 1960, S. 84 ff.

2) a) Borchardt-Fikentscher, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957, S.15 ff.

b) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 2. Kapitel, II. Anm. 4, S. 39

3) Bartholomeyczik, im Gemeinschaftskommentar (2.A.), § 22, Anm. 34, S. 661 und Anm. 48, S. 666

4) Ewald, WuW 1956, 253 ff. (257)

Ewald hält als Ergebnis seiner Untersuchung fest, daß der wirtschaftliche Spannungszustand zwischen mehreren möglichen Teilnehmern am Wirtschaftsgeschehen in einem abgegrenzten Bereich den besonderen Schutz des Gesetzes erfährt, daß also in der lauterer Sphäre die Freiheit des Entschlusses zu einem wirtschaftlichen Handeln gegenüber möglichen Kunden, gerichtet auf die Vorteilsverschaffung auf Kosten anderer, geschützt ist vor einer Beschränkung des bestehenden oder zu erwartenden wirtschaftlichen Spannungszustandes.

L a n g e n ¹⁾ berufen. Langen gibt die Wettbewerbsdefinition von B o r c h a r d t - F i k e n t s c h e r in seinem Kommentar lediglich wieder und äußert sich hierzu indirekt geradezu ablehnend, indem er nämlich ausführt, daß 'es offenbar nicht viel Aussicht biete, zur Klarheit über den Bestandteil 'Wettbewerb' des § 1 zu gelangen, wenn man sich mit der Frage der Begriffsbestimmung des Wettbewerbs beschäftigt'.

L a n g e n ²⁾ glaubt darum, ein besserer Weg, zu einem Ergebnis zu gelangen, biete sich darin, daß man negativ feststelle, es könne in einem bestimmten Falle aus irgendwelchen Gründen ein Wettbewerb überhaupt nicht vorliegen.

Und E w a l d schrieb seine Abhandlung über den Wettbewerbsbegriff im amtlichen Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen schon lange vor der Formulierung einer Definition dieses Begriffes durch B o r c h a r d t - F i k e n t s c h e r . Er scheidet folglich auch als Gewährsmann für diese Schriftsteller aus.

L u k e s ³⁾ beschränkt sich demgegenüber von vornherein in seiner Aussage, indem er dahingestellt sein läßt, ob die Wettbewerbsbegriffe im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen übereinstimmen oder verschieden zu umschreiben sind; denn bei dem Gegenstand seiner Abhandlung kam es auf die Beantwortung dieser Frage nicht an.

Diese Ausführungen waren nicht darauf angelegt, die Definition des Begriffes 'Wettbewerb' im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch B o r c h a r d t - F i k e n t s c h e r auf ihre Richtigkeit und Brauchbarkeit hin zu untersuchen und sich hierzu kritisch zu äußern. Vielmehr sollte dargestellt werden, wie wichtig und entscheidend es für eine Umschreibung des Be-

1) Langen, Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 1958, S. 66. Langen meint zu den bisherigen Definitionsbemühungen: 'wohin man dabei gelangt, dafür sind die Schlußfolgerungen von Behrens (NJW 1958, 481 ff.) ein Beispiel'. Behrens sieht den Wettbewerb als wirtschaftliche Spannung, welche zwischen mehreren - möglichen - Teilnehmern am Wirtschaftsgeschehen existent ist. Der Wettbewerb wird zum wirtschaftlichen Spannungszustand.

2) Langen, a.a.O., S. 66. Diesen Weg der negativen Feststellung geht N e u m a n n, in WuW 1957, 562

3) Lukes, Der Kartellvertrag, 1959, Das Kartell als Vertrag mit Außenwirkungen, S. 184 ff.

griffes 'Wettbewerb' im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen ist, daß man die Zusammenhänge und Unterschiede zwischen dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen erkennt und bei der Konfrontierung der eigenen Vorstellungen mit bereits vorhandenen Wettbewerbsdefinitionen die rechtssystematischen Erwägungen dieser Schriftsteller berücksichtigt und nicht Sinn und Zweck des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen übersieht.

Jedoch kann abschließend schon kritisch zur Definition des Begriffes 'Wettbewerb' bei Borchardt-Fikentscher und damit zur grundsätzlichen Einheitlichkeit dieses Wettbewerbsbegriffes in beiden Rechtsgebieten gesagt werden, daß dieses Untersuchungsergebnis dadurch an Überzeugungskraft verliert, weil Borchardt-Fikentscher die nahegelegene Frage völlig unerwähnt lassen, wie sich eine solche Behauptung mit der Meinung des Abgeordneten Dr. H e l l w i g ¹⁾ vereinbaren läßt, daß zum Beispiel eine Legaldefinition des Begriffes 'Wettbewerb' als des Schutzobjektes des vorliegenden Gesetzentwurfes nicht möglich, daher in dem Entwurf auch nicht versucht worden ist. Letztlich kann man von der Einheitlichkeit des Rechtes des unlauteren Wettbewerbs mit dem Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, wie sie Fikentscher behauptet, und von der Zusammenfassung beider Rechtsgebiete unter einem allgemeinen Wettbewerbsrecht nicht ohne weiteres auf die Gleichheit beider Wettbewerbsbegriffe schließen.

B. Wettbewerbsdefinitionen

I. Fehlen einer Legaldefinition

1. im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

Dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb obliegt die Aufgabe, die Lauterkeit des geschäftlichen Wettbewerbs zu gewährleisten und innerhalb der in der Marktwirtschaft bestehenden Wettbewerbsfreiheit die Anwendung unlauterer Wettbewerbsmethoden zu bekämpfen²⁾; denn die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des einzelnen ist durch die des anderen begrenzt.³⁾

¹⁾ Gemeinschaftskommentar - Schriftlicher Bericht - S. 1172

²⁾ BGH Z. 13,33 ff. (36)

³⁾ Baumbach-Hefermehl, a.a.O., 3. Kapitel II. 1. Anm. 71, S. 41

Darum werden in der Vorschrift des § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb alle Handlungen im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs verboten, die gegen die guten Sitten verstoßen. Für die Anwendung dieser Generalklausel des § 1 sowie einer Reihe anderer Vorschriften des Gesetzes, wie der Bestimmungen der §§ 12, 14, 17, 18 und 20, ist demzufolge ein Handeln 'zu Zwecken des Wettbewerbs' nötig.

So macht die grundlegende Bedeutung der Generalklausel¹⁾ den Begriff der Wettbewerbshandlung zu einem Zentralbegriff des Rechtes gegen den unlauteren Wettbewerb, dessen Spannweite er bestimmt. Denn der Beurteilung, ob ein Verhalten lauter oder unlauter ist, ist stets die Frage logisch vorgeordnet, ob überhaupt ein wettbewerbsrechtlicher Tatbestand, d.h. eine Wettbewerbshandlung vorliegt.

Der Gesetzgeber hat es aber unterlassen, diesen Zentralbegriff des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb begrifflich zu bezeichnen.

2. im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen stellt eine der wichtigsten Grundlagen zur Förderung und Erhaltung der Marktwirtschaft dar. Es soll die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt.

Das Gesetz geht von der durch die wirtschaftswissenschaftliche Forschung erhärteten wirtschaftspolitischen Erfahrung aus, daß die Wettbewerbswirtschaft die ökonomischste und zugleich demokratischste Form der Wirtschaftsordnung ist. Nach der Erkenntnis und dem Willen des Gesetzgebers müssen der Wettbewerb und die durch ihn bedingte Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung durch staatliche Ordnungsmaßnahmen im weitesten Umfange erhalten

1) a) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., Einleitung, 6. Kapitel IV.
1. Anm. 144, S. 161 ff.

b) RG St. 58, 429 ff. (430)

werden. Insbesondere muß sichergestellt werden, daß die Funktion des Angebots und der Nachfrage und damit der Marktpreis als Steuerungsfaktor des Wirtschaftsablaufs keine Erstarrung erfährt.¹⁾ Darum bestimmt die Vorschrift des § 1 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, daß

'Verträge, die Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schließen, und Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen unwirksam sind, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen.'

Obwohl der Begriff 'Wettbewerb' im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nach dem gesetzgeberischen Zweck eine so wichtige Aufgabe erfüllen soll²⁾, hat der wirtschaftspolitische Ausschuß des 2. Deutschen Bundestages auf eine Definition des wirtschaftlichen Wettbewerbsbegriffes verzichtet³⁾, so daß auch in diesem Gesetz der Begriff des Wettbewerbs vorausgesetzt wird. Der amtlichen Begründung der einzelnen Bestimmungen des Gesetzes⁴⁾ ist lediglich zu entnehmen, daß 'als Wettbewerb das Streben zu betrachten ist, durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmen, den Verbraucher zum Abschluß eines Vertrages zu veranlassen'. Und der wirtschaftspolitische Ausschuß ist davon ausgegangen, daß 'unter wirtschaftlichem Wettbewerb jede Art wirtschaftlicher Handlung zu verstehen ist, die darauf gerichtet ist, sich im Wirtschaftskampf auf Kosten eines Wettbewerbers einen Vorteil zu verschaffen'.

Der Abgeordnete Dr. H e l l w i g⁵⁾ vertritt in seinem

1) Gemeinschaftskommentar, Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Teil A. I. und IV., S. 1057 und 1058

2) BGH Z. 13, 33 ff. (36/37)
Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu den Dekartellierungsgesetzen bezweckt das Kartellrecht den Schutz des Wettbewerbs als Institution der bestehenden Marktwirtschaft.

3) Gemeinschaftskommentar, Bericht des Abgeordneten Kurlbaum, S. 1174/1175

4) Gemeinschaftskommentar, Begründung der einzelnen Bestimmungen des Gesetzes, S. 1074

5) Gemeinschaftskommentar, Schriftlicher Bericht, E. III., S. 1172/1173

schriftlichen Bericht sogar die Ansicht, daß 'eine Legaldefinition des Begriffes 'Wettbewerb' als des Schutzobjektes des vorliegenden Gesetzentwurfes nicht möglich und daher in dem Entwurf 'auch nicht versucht worden sei'; denn mit der Formulierung eines Gesetzentwurfes müsse das fast unübersehbare Stoffgebiet des Wettbewerbs, der die gesamten Wirtschaftsvorgänge einschließe, in die Sprache der herkömmlichen Rechtstechnik gefaßt werden. Diesem Problem stellten sich hier besondere Schwierigkeiten in den Weg, weil die vielfach neuen Tatbestände der Wettbewerbsverhältnisse einer vorgeformten Rechtsbezeichnung entbehrten und ihre Subsumtion unter bekannte Rechtsnormen den wirklichen Sachverhalt unter Umständen nicht erreiche.

Mangels einer gesetzlichen Bestimmung des Begriffes 'Wettbewerb' im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen war es für das ältere Recht gegen den unlauteren Wettbewerb und wird es für das jüngere Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen die Aufgabe von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft sein, eine anwendbare, justitiable Umschreibung des Wettbewerbsbegriffes beider Gesetze zu formulieren. Hieran haben sich für das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen auch die Kartellbehörden, in erster Linie das Bundeskartellamt, zu beteiligen¹⁾.

II. Wettbewerbsdefinitionen

1. des Reichsgerichts

Dem Handlungsbegriff des § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb ist das Erfordernis 'zu Zwecken des Wettbewerbs' beigegeben²⁾. Das bewog die Rechtsprechung dazu, den Wettbewerb nicht als solchen, sondern im Zusammenhang mit der Wettbewerbs-handlung zu umschreiben.

So formulierte das Reichsgericht³⁾ in seiner Entscheidung vom 1. Dezember 1924:

-
- 1) Günther, zum Wettbewerbsbegriff des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, MA 1959, 269 f.
 - 2) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 2. Kapitel, II. Der Begriff des Wettbewerbs
 - 3) RG St. 58, 429 ff. (430)

'Den Zwecken des Wettbewerbs im geschäftlichen Verkehr dient eine Handlung dann, wenn durch sie der eigene Absatz gefördert oder ein fremder beeinträchtigt, der eigene Kundenkreis auf Kosten von Gewerbegegnossen erweitert werden soll',

und führte unter anderem weiter aus, daß der Begriff 'zu Zwecken des Wettbewerbs' verlange, daß¹⁾

'ein Tun vorliegt, das äußerlich geeignet ist, Wettbewerbszwecken zu dienen, und daß der Täter die Handlung in der auf Wettbewerb gerichteten Absicht vornimmt'.

In gleicher Weise umschreibt das Reichsgericht²⁾ das Erfordernis 'zu Zwecken des Wettbewerbs' in der Vorschrift des § 14 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb:

'Das Tatbestandsmerkmal 'zu Zwecken des Wettbewerbs' ist nur da erfüllt, wo der Mitteilende mit der Verbreitung der kreditschädigenden Tatsachen darauf abzielt, zum Nutzen des eigenen oder eines fremden Geschäftsbetriebes den Betrieb des Verletzten - sofern dieser die gleichen wirtschaftlichen Ziele verfolgt oder die gleichen wirtschaftlichen Bedürfnisse anderer befriedigt - dergestalt zu beeinträchtigen, daß ihm durch Schmälerung des Absatzes, Entziehung von Kunden oder andere geeignete Mittel geschäftliche Vorteile entzogen und dem Mitteilenden oder dem von ihm Begünstigten zugewendet werden sollen',

denn dieser Begriff hat im Tatbestand der Vorschrift des § 14 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb keine andere Bedeutung als in den sonstigen Bestimmungen des Gesetzes³⁾.

Die Rechtswissenschaft⁴⁾ schloß sich dieser Rechtsprechung des Reichsgerichts an, so daß sich über Wesen und Zweck des Wettbewerbs im Recht des unlauteren Wettbewerbs eine herrschende Auf-

1) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., Einleitung, 6. Kapitel, VI. 2. A. Anm. 145, S. 162

2) RG vom 27. 9. 1927 - RG Z. 118, 133 ff. (136)

3) RG vom 1. 12. 1924 - RG St. 58, 429 ff. (430)

4) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2.A.), § 22, Anm. 48, S. 666

fassung gebildet hat¹⁾.

2. des Bundesgerichtshofes

Der Bundesgerichtshof hat sich der Rechtsprechung des Reichsgerichts²⁾ zum Wettbewerbsbegriff im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb angeschlossen und ausgesprochen³⁾:

'Es ist seit langem in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt, daß niemand im Geschäftsleben Anspruch auf eine unveränderte Erhaltung des Kundenkreises hat, sondern daß es der Sinn jeden Wettbewerbs ist, in den Kundenkreis des Mitbewerbers einzudringen, um ihm durch Güte und Preise der eigenen gewerblichen Leistungen die Kunden abspenstig zu machen.'

Diese in bezug auf den Wettbewerbsbegriff im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb übereinstimmende höchstrichterliche Rechtsprechung berechtigt dazu, von einer einheitlichen Umschreibung dieses Begriffes sprechen zu können.

-
- 1) Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. A., 1954, IV. Zu Zwecken des Wettbewerbs, S. 512: Reimer bemerkt zunächst zur herrschenden Meinung, daß diese für den Begriff 'zu Zwecken des Wettbewerbs' in subjektiver Beziehung eine auf Wettbewerb gerichtete Absicht fordere und stellt dann seine eigene Ansicht dar.

'Richtiger ist jedoch, die Absicht ganz auszuschalten und allein auf den objektiven Tatbestand abzustellen, denn die Berücksichtigung der subjektiven Absicht hat die unerquickliche Folge, daß Betrachtungen über die Absicht angestellt werden müssen, die niemals zu sicheren Ergebnissen führen und überdies bezüglich der Beweisführung den Kläger vor eine unlösbare Aufgabe stellen.'

Hierzu stellt der Bundesgerichtshof in BGH Z 3, 270 ff. (277) in meines Erachtens zutreffender Weise fest:

'Der von Reimer vertretenen abweichenden Ansicht vermag sich der Senat schon in Rücksicht auf den Gesetzeswortlaut nicht anzuschließen. Wenn auch die auf Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs gerichtete Absicht nicht die einzige oder wesentliche Zielsetzung für die Handlung zu sein braucht, so darf doch dieser Wettbewerbszweck nicht als völlig nebensächlich hinter die eigentlichen Beweggründe zurücktreten.'

Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2.A.), § 22, Anm. 48, S. 666

- 2) RG Z. 144, 41 ff. (50) und 134, 342 ff. (350)

- 3) BGH Z. 19, 392 ff. (395) und 23, 365 ff. (370)

Diese Definition ist, wenn man zur Erfassung des Wettbewerbs der Nachfrager auch den Liefererkreis einbezieht, auch heute brauchbar¹⁾.

III. Anwendbarkeit der Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Während sich die vom Reichsgericht für das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb gegebene Definition des Begriffes 'Wettbewerb' in einer sachverhältnismäßig sehr vielgestaltigen und in ihrer Wirkung ausgesprochen fruchtbaren Rechtsprechung²⁾ bewährt hat, leidet die Spruchpraxis des Bundeskartellamtes und überhaupt die Anwendbarkeit der Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen darunter³⁾, daß sich trotz zahlreicher Versuche⁴⁾ in der wissenschaftlichen Diskussion, den Wettbewerbsbegriff dieses Gesetzes zu umschreiben, bisher eine herrschende Meinung⁵⁾ nicht erkennen läßt und alle bisherigen Unternehmungen, eine brauchbare Definition zu liefern, gescheitert sind, weil sie zu keinem ausreichend klaren und abgrenzbaren Rechtsbegriff geführt haben.⁶⁾

- 1) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., 1. Kapitel, II. 1., S. 2/3
- 2) a) RG Z. 118, 133 ff. RG Z. 134, 342 ff. RG Z. 160, 385 ff.
" 120, 49 ff. " 135, 385 ff.
" 132, 311 ff. " 154, 28 ff.
- b) BGH Z. 3, 270 ff.
" 5, 1 ff., 71 ff., 126 ff.,
" 13, 33 ff. und 15, 356 ff. und 16, 296 ff.
- 3) Spengler, Einige Betrachtungen zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für das Jahr 1958, WuW 1959, 609
- 4) a) Brugger, Zur Auslegung des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1959, 467 (477)
- b) Günther, Zum Wettbewerbsbegriff des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, MA 1959, 269 f.
- c) Benisch, Einkaufsmacht und Kartellbegriff, WuW 1956, 480 ff.
- d) Behrens, Der Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1958, 481 ff.
- 5) Benisch, Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs, WuW 1960, 842 ff.
- 6) Sölter a) Industrieller Mittelstand und Kartellgesetz, Düsseldorf 1960, S. 19
 b) Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, Düsseldorf 1960, S. 53 ff.

Erster Hauptteil

C. Auslegung von Gesetzesbegriffen

I. Wörtliche Anwendung des Gesetzesbegriffes

Die Anwendung einer gesetzlichen Vorschrift mit einem diese Bestimmung tragenden Gesetzesbegriff auf einen vorgegebenen Sachverhalt bietet dann keine Schwierigkeiten, wenn das Tatbestandsmerkmal in seiner begrifflichen Bedeutung von vornherein festliegt, so daß es nicht einmal einer in das Gesetz selbst aufgenommenen begrifflichen Umschreibung bedarf, und infolgedessen unmittelbar wörtlich angewendet werden kann oder zur wortwörtlichen Anwendung, soweit erforderlich, gesetzesbegrifflich durch eine Legaldefinition umschrieben ist, wie dies zum Beispiel für die Rechtsbegriffe 'bewegliche Sache' und 'Handelsgeschäft' zutrifft.

II. Sinn und rechtspolitischer Zweck eines Gesetzes

In den andersgelagerten Fällen, in denen sich der Gesetzgeber in einer Gesetzesvorschrift eines Begriffes als Tatbestandsmerkmal bedient, der sich aus sich selbst heraus in seiner vom Gesetzgeber gemeinten begrifflichen Bedeutung nicht so ohne weiteres versteht und für den er dem Gesetz auch keine Legaldefinition beigegeben hat, beginnt die hohe Kunst und vornehmste Aufgabe der Gerichte und der mit der Anwendung des betreffenden Gesetzes sonst betrauten Stellen, diesen Gesetzesbegriff nach Sinn und rechtspolitischem Zweck des Gesetzes auszulegen und auf den vorliegenden Sachverhalt anzuwenden¹⁾.

1. Schutzobjekt eines Gesetzes

Eine große Bedeutung gewinnt bei der Auslegung eines unbestimmten Gesetzesbegriffes das Schutzobjekt des Gesetzes, das es durch die Anwendung der nach dem ermittelten Willen des Gesetzgebers ausgelegten Vorschrift zu schützen und demzufolge zuvor zu erforschen gilt.

1) Bartholomeyczik, Die Kunst der Gesetzesauslegung, S. 18 und 42 ff.

a) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

Wenn auch der Begriff 'Wettbewerb' im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb hinreichend genau durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft bestimmt worden ist und darum bei der Anwendung der Vorschrift des § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb wegen des Tatbestandsmerkmals 'zu Zwecken des Wettbewerbs' grundsätzliche Auslegungsschwierigkeiten nicht mehr auftreten, so soll an dieser Stelle doch auf das Schutzobjekt des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb eingegangen werden¹⁾.

Aus der Gegenüberstellung der Schutzgegenstände dieses Gesetzes und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ergeben sich mit Sicherheit für die Umschreibung des Begriffes 'Wettbewerb' im Beschränkungsrecht nützliche Anhaltspunkte und wichtige Hinweise auf die Gemeinsamkeiten und Verschiedenheiten beider Gesetze.

aa) Individualrechtliche Betrachtungsweise

Individualrechtlich betrachtet handelt es sich bei der Bekämpfung unerlaubten Wettbewerbs um den Schutz der einzelnen Mitbewerber²⁾. Zahllose Theorien sind zum Schutzgegenstand des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb entwickelt worden. Unter ihnen zeichnen sich - ausgehend vom Gedanken des Individualschutzes - zwei große Richtungen ab³⁾:

- 1) Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933, S. 284:
Die Frage nach dem durch das Unlauterkeitsrecht geschützten Rechtsgut ist in der wettbewerbsrechtlichen Diskussion wohl am heißesten umstritten worden.
Baumbach-Hefermehl, a.a.O., Einleitung, 2. Kapitel, I. Anm. 33, S. 100/101
Die Frage nach dem Schutzzweck des allgemeinen Wettbewerbsrechts ist streitig, die Antwort auf sie aber keineswegs sachlich belanglos, sondern von erheblicher Tragweite für die praktische Rechtsanwendung. Wesentlich ist es hierbei, von welchem Blickpunkt man den Rechtscharakter wettbewerbsrechtlicher Vorschriften würdigt.
- 2) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., Einleitung, 2. Kapitel, III. S. 103
- 3) Böhm, a.a.O., S. 284 ff.
Böhm betrachtet die Frage nach dem geschützten Rechtsgut im Jahre 1933 noch rein individualrechtlich, indem er bei der Niederschrift seiner Gedanken zu dieser Frage hervorhebt, daß 'sich im wesentlichen zwei Theorien gegenüberstehen, die Theorie des Persönlichkeitsrechts und die Theorie des Immaterialgutes.

aaa) Theorie des Persönlichkeitsrechtes

Eine ältere Theorie, als deren Hauptvertreter K o h l e r ¹⁾ und L o b e ²⁾ zu nennen sind, sieht im Recht des unlauteren Wettbewerbs den Schutz der Persönlichkeit des einzelnen Mitbewerbers gewährleistet.

bbb) Theorie des Immaterialgutes

Eine jüngere Theorie ³⁾ erblickt im Wettbewerbsrecht dagegen den Schutz eines von der Person gelösten Rechtsgutes, und zwar des Unternehmens, wobei sein Wesen und seine Rechtsnatur sehr umstritten sind ⁴⁾.

Hierauf soll zum besseren Verständnis kurz eingegangen werden. Für eine wesensmäßige Erfassung des Unternehmensbegriffes ergeben sich zwei wichtige Ansatzpunkte:

aaaa) Unternehmen als Organisationsbegriff

Das Unternehmen stellt sich erstens objektiv als eine Zusammenfassung von Werten verschiedener Art zu einer einheitlichen Masse dar.

bbbb) Unternehmen als Tätigkeitsbegriff

Das Unternehmen ist aber zweitens auch Ausdruck der gewerblichen Betätigung und Leistung des Unternehmers, und zwar losgelöst von seiner Person und der Person der mit ihm Schaffenden.

Auf dem von der Person des Unternehmers begrifflich gelösten Tätigkeitsbereich liegt aber der Schwerpunkt des Unternehmensbegriffes; denn das Unternehmen ist ein dynamischer Begriff ⁵⁾.

Seiner Rechtsnatur nach stellt das Unternehmen die höhere Wertseinheit dar, die sich aus der zur Erreichung produktiver wirtschaftlicher Zwecke erfolgten Zusammenfassung seiner materiellen und immateriellen Komponenten kraft der schöpferischen Organisationsleistung des Unternehmers und der mit ihm schaffenden Personen ergibt ⁶⁾. Die Eigenart des Unternehmens zeigt sich darin,

1) Kohler, Der unlautere Wettbewerb, Berlin und Leipzig, 1914, S. 17 ff.

2) Lobe, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Leipzig, 1907, I. Band, S. 145 ff.

3) a) Baumbach, Der unlautere Wettbewerb - Kommentar Mannheim - Berlin - Leipzig, 1929, S. 23 ff.

b) Callmann, Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Berlin 1929, S. 125

4) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., 5. Kapitel, I. 1. Anm. 97, S. 56

5) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., 5. Kapitel, I. 1. Anm. 97, S. 57

6) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., 5. Kapitel, I. 1. Anm. 97, S. 57

daß es zwar in sich materielle und immaterielle Werte bindet, selbst aber eine unkörperliche Werteinheit darstellt, die rechtlich durch den Begriff des Immaterialgutes erfaßt wird, wenn man diesen Begriff nicht auf reine Vermögensgüter beschränkt, sondern auch auf Werteinheiten bezieht, in denen vermögens- und persönlichkeitsrechtliche Elemente miteinander verbunden sind¹⁾,

ccc) Andere Theorien

Als Schutzgegenstand werden aber auch genannt

- aaaa) das Berufsethos²⁾,
- bbbb) der gesunde Wettbewerb³⁾,
- cccc) die Reinerhaltung des Leistungswettbewerbs⁴⁾.

Auf das Ergebnis dieser Arbeit nimmt es keinen entscheidenden Einfluß, welcher dieser Theorien der Vorzug gegeben wird. Von Interesse ist in diesem Zusammenhang allerdings die von B ö h m⁵⁾ im Anschluß an N i p p e r d e y s Kritik⁶⁾ an den beiden wesentlichen Theorien des Persönlichkeitsrechtes und

1) Ulmer, Sinnzusammenhänge, 1932, S. 4;

Mit Recht betont Ulmer, daß das Unternehmen 'hinter den Einzelwerten zu suchen sei'.

2) Isay, Hermann, Das Rechtsgut des Wettbewerbsrechtes, 1933, Berlin - Frankfurt am Main

3) Wehner, Wettbewerb und Wirtschaftsordnung, Dissertation Hamburg 1936, S. 46

4) a) Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung, Kartell-Rundschau 1930, S. 133:

Nipperdey stellt den Theorien des Persönlichkeitsrechtes und des Immaterialgutes eine dritte gegenüber, in der die wissenschaftliche Fruchtbarkeit der Frage nach dem geschützten Rechtsgut überhaupt angezweifelt und der Satz aufgestellt wird, daß, da alle jene von der Theorie in Anspruch genommenen Schutzgüter gegen den erlaubten Wettbewerb nicht geschützt seien, die Kenntnis des geschützten Rechtsgutes uns in der Erkenntnis dessen, was im Wettbewerb erlaubt oder unerlaubt sei, nicht weiterbringe.

b) Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, S. 284 ff. Böhm kann hier nur unter Vorbehalten genannt werden, denn ihm geht es nicht so sehr um die Reinerhaltung des Leistungswettbewerbs, sondern um die 'legale Ertragschance', die von dem Kampfgesetz gegen Schädigung geschützt wird, sofern diese Schädigung durch eine Verletzung der Kampfregeln verursacht wird.

5) Böhm, a.a.O., S. 284

6) Nipperdey, a.a.O.

des Immaterialgutes vorgetragene Ansicht zum Schutzgegenstand des Rechtes gegen den unlauteren Wettbewerb, die sich meines Erachtens, wie sich zeigen wird, sehr organisch zu der von mir vertretenen Meinung zum geschützten Rechtsgut des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen fügt und darum nicht in Vergessenheit geraten sollte.

Nach B ö h m bedeutet der von N i p p e r d e y entwickelte Gedankengang insofern einen wesentlichen Fortschritt, als er den schwachen Punkt der beiden zuerst erwähnten Theorien richtig erkennt, daß nämlich, mag man nun die Persönlichkeit oder das Unternehmen als das geschützte Rechtsgut ansprechen, dieses Rechtsgut jeweils das gleiche Rechtsgut ist, das im fairen Kampfe bis zur völligen Vernichtung beschädigt oder beeinträchtigt werden darf. In den Ausführungen N i p p e r d e y s klingt ferner die Vorstellung an, daß es sich bei dem Recht des gewerblichen Wettbewerbs um ein Kampfrecht handelt und daß man daher bei der Frage nach dem etwa geschützten Rechtsgut jedenfalls nicht nach denselben Gesichtspunkten verfahren könne, die angebracht sind, wenn es sich um den Schutz eines Rechtsgutes handelt, dessen Substanz und Umfang durch die unmittelbar konfliktsregelnden Kollisionsnormen einer Friedensordnung, also etwa durch die Vorschriften der §§ 823 Abs. 1, 824, 825 BGB, festgelegt ist.

Diese Überlegungen N i p p e r d e y s veranlassen B ö h m ¹⁾ zu der Fragestellung, welches Interesse als vielleicht schutzwürdig bei einem Wettkampfe überhaupt in Betracht kommt und hält dann als Ergebnis fest:

'Dieses Interesse ist nun aber zweifellos die nach den Vorschriften der Kampfregel legale Siegeschance, der legale Vorsprung des korrekten Wettkampfes vor den korrekten Mitbewerbern',

um dann als Schutzobjekt des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb 'den Vorsprung an Werbekraft des jeweils besten Angebots vor den schlechteren' herauszustellen.

'Geschützt ist der Platz innerhalb der Rangordnung, den jeder Wettbewerber kraft seiner Leistungsfähigkeit im Verhältnis zu der Qualifikation seiner Mitbewerber einnimmt, wenn alle die Kampfregeln beachten'.

1) B ö h m, a.a.O., S. 285

B ö h m bekennt sich mit dieser Ansicht durchaus zur individualrechtlichen Betrachtungsweise des Rechtes gegen den unlauteren Wettbewerb und steht darum keineswegs in einem von Hefermehl¹⁾ behaupteten Widerspruch zu Würdinger²⁾ und zu der vom Bundesgerichtshof³⁾ dem Wettbewerb zugewiesenen Aufgabe, den Individualschutz der Mitbewerber gegen unlautere wettbewerbliche Kampfesmethoden zu gewährleisten.

Wenn nämlich der Bundesgerichtshof auf diese Blickrichtung und Aufgabenstellung des Wettbewerbsrechtes im Gegensatz zum Kartellrecht hinweist, so läßt sich aus einer solchen Feststellung nicht die Annahme herleiten, als wolle der Bundesgerichtshof durch das Wettbewerbsrecht die Person des Mitbewerbers geschützt wissen. Der Schutz muß vielmehr dort einsetzen, wo der Gegner angreift und worauf sein Angriff gerichtet ist. Hierbei ist dem Angreifer im Wettbewerbskampf die Person des Mitbewerbers meist herzlich gleichgültig⁴⁾, er kennt sie oft gar nicht. Er macht dem Mitbewerber auch nicht das Recht auf wirtschaftliche Betätigung streitig, sondern versucht durch unlautere Kampfesmethoden dem Mitbewerber die Chance auf den Abschluß eines Geschäftes und die damit verbundene Aussicht auf Gewinn zu vereiteln, um selbst unter Mißachtung der korrekten Kampfesregeln zum Zuge zu kommen. Und an dieser Stelle setzt der Schutz ein, den B ö h m dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb zuweist.

B ö h m sagt:

'Die Fähigkeit, einen bestimmten Platz zu behaupten oder zu erobern, hängt von der Konstitution, Kraft und Gesundheit des wirtschaftlichen Körpers ab, den wir als Unternehmen bezeichnen, wobei unter Körper hier nicht nur die Physis, sondern auch die Psyche, also der beseelte Körper verstanden sei. Aber nicht diese Substanz des wirtschaftlichen Lebens, sondern vielmehr der durch Anspannung dieser Kraftquelle in einer vorgefundenen, sich verändernden, von einer Rechts- und Sittenordnung beherrschten Außenwelt unter bestimmten Verhaltensmaßregeln erzielbare Erfolg, nicht das Leben selbst, sondern die innerhalb der Kampfregeln gegen gleichstrebende Kräfte durchsetzbare Fristung und Nutzung des Lebens, nicht das Kapital, sondern die Verzin- sung des Kapitals, genauer, der unter Beobachtung der Kampfregel als Ergebnis der fairen Kräftermessung erzielbare Zinssatz ist das geschützte Rechtsgut. Das heißt aber, daß nicht das Unternehmen unmittelbar, sondern vielmehr die dem Unternehmen nach seiner Leistungskraft in einer fairen Wettbewerbswirtschaft zukommenden Rentabilität geschützt ist.'

1) Hefermehl, in Festschrift für Nipperdey, S. 284

2) Würdinger in WuW 1953, 721 ff.

3) BGH Z. 13, 33 ff. (36, 37)

4) Baumbach-Hefermehl, a.a.O.

Umfassender und meines Erachtens auch zutreffender kann der Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechtes nicht mehr umschrieben werden.

Nichts anderes will auch W ü r d i n g e r ¹⁾ sagen, wenn er ausführt, daß 'das Wettbewerbsrecht einen Individualschutz der Mitbewerber gegenüber unlauteren Kampfesmethoden eines hemmungslosen Konkurrenten enthalte und das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nur dieses bezwecke, daß die Konkurrenten in dem Bestreben, ihr Unternehmen in seiner Leistungskraft zu erhalten und zu steigern, gegenüber denselben Bestrebungen der Mitbewerber nicht zu unlauteren Wettbewerbsmethoden greifen'. Womit W ü r d i n g e r auch auf das Wettbewerbsrecht als einem Kampfrecht abstellt.

H e f e r m e h l ²⁾ selbst sieht die Absicht des sich im Wettbewerbskampf befindlichen Wettbewerbers nicht auf die Person des Mitbewerbers, sondern allein darauf gerichtet, den durch die gewerbliche Betätigung des Mitbewerbers geschaffenen Tätigkeitsbereich, das Unternehmen, zu beeinträchtigen, wobei er Wesen und Rechtsnatur des Unternehmens auch in der von B ö h m angenommenen Zusammenfassung seiner materiellen und immateriellen Komponenten begreift. Trotzdem verneint er die von den beiden wesentlichen Theorien vertretenen Meinungen, daß Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechtes entweder das Persönlichkeitsrecht des Wettbewerbers als Recht auf gewerbliche Betätigung oder das Recht am Unternehmen seien. Denn, so begründet H e f e r m e h l seine eigene Ansicht zum geschützten Rechtsgut des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, 'das Kennzeichen des unlauteren Wettbewerbs liege nicht in der Verletzung eines subjektiven Rechtes oder Rechtsgutes der Mitbewerber, sondern in dem Verstoß gegen eine allgemeine objektive Verhaltensnorm, die jedem Gewerbetreibenden sittenwidrige Wettbewerbshandlungen verbiete'. An der Erhaltung dieser Verhaltensnorm seien die Mitbewerber interessiert. Der Tatbestand unlauteren Wettbewerbs setze auch die Verletzung eines individuellen Rechts oder Rechtsguts der Mitbewerber, sei es eines allgemeinen Rechts an der Persönlichkeit oder der freien

1) Würdinger in WuW 1953, 721 ff.

2) Hefermehl, a.a.O.

gewerblichen Betätigung, sei es eines Rechts am eingerichteten oder ausgeübten Gewerbebetriebe oder am Unternehmen nicht voraus. Daher beinhaltet das Wettbewerbsrecht nach Hefermehl¹⁾ einen Interessenschutz, und zwar den Schutz der Interessen der Mitbewerber und der Allgemeinheit an der Lauterkeit des geschäftlichen Wettbewerbs, und Schutzgegenstand des Unlauterkeitsrechtes sind dementsprechend nicht subjektive Rechte oder Rechtsgüter der Mitbewerber, sondern ihre und die Interessen der Allgemeinheit an der Lauterkeit des geschäftlichen Wettbewerbs. Hefermehl macht mit anderen Worten aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ein Interessenschutzgesetz, wobei er aber meines Erachtens übersieht, daß sich das Interesse der Mitbewerber nicht so sehr, wenn überhaupt, allgemein auf die Lauterkeit des Wettbewerbskampfes, sondern vielmehr auf die Bewahrung der eigenen legalen Erfolgchance vor unlauteren Wettbewerbsmethoden richtet²⁾.

Durch die Annahme des Interessenschutzes als des geschützten Rechtsgutes des Wettbewerbsrechtes läßt es Hefermehl dann aber nicht bei der individualrechtlichen Betrachtungsweise bewenden, sondern dehnt folgerichtig den Kreis der an der Lauterkeit des Wettbewerbs interessierten Personen über die am geschäftlichen Wettbewerb eigentlich unmittelbar beteiligten Mitbewerber auf die Allgemeinheit aus. So gelangt er zur 'sozialrechtlichen Betrachtungsweise' und stellt fest:

'Der Zweck des Wettbewerbs ist individual- und sozialrechtlich betrachtet die Lauterkeit des Wettbewerbs und damit die Verwirklichung eines auf dem Grundsatz der Leistung beruhenden wirtschaftlichen Wettbewerbs.'

Hier muß aber die Frage dargestellt und erörtert werden, ob das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb Raum läßt für eine sozialrechtliche Betrachtungsweise und ob es unter diesem Gesichtspunkt sinnvoll ist, bei der Bekämpfung des unerlaubten Wettbewerbs von einem Schutz der Allgemeinheit zu sprechen.

1) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., Einleitung, 2. Kapitel, III. 5. Anm. 40, S. 105 und IV. 1. Anm. 41, S. 106

2) Böhm, a.a.O., S. 288
Böhm lehnt in überzeugender Weise einen unmittelbaren Schutz des Unternehmens durch das Wettbewerbsrecht als typisch für die Friedensordnung einer gebundenen Wirtschaft ab.

bb) Sozialrechtliche Betrachtungsweise

Sozialrechtlich betrachtet handelt es sich bei der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs um den Schutz der Allgemeinheit¹⁾.

Diese Ansicht geht auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts²⁾ zurück und ist vom Bundesgerichtshof³⁾ übernommen worden.

Aus der Fülle der Entscheidungen seien einige herausgegriffen:

RG Z 128, 242:

'Die Unterlassungsklage soll nicht nur den Wettbewerb schützen, sondern, wie das ganze Wettbewerbsgesetz, auch im öffentlichen Interesse den Auswüchsen des Wettbewerbs überhaupt entgegen-treten.'

RG MUW 1930, 231:

'Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb dient sowohl der Reinerhaltung des Verkehrs im Interesse des Publikums wie auch dem Schutz der Mitbewerber.'

In mehreren Urteilen erachtet das Reichsgericht die Schenkung als unlauter, weil diese Werbemethode das Interesse der Allgemeinheit verletze. Aus diesem Grunde ist die unentgeltliche Zuwendung von Waren ohne weiteres, also grundsätzlich sittenwidrig. Dieser Gesichtspunkt kommt erstmals in voller Klarheit in dem Urteil⁴⁾ vom 27. 3. 1936 - Schuhcremefall - zum Ausdruck, wo unter anderem ausgeführt ist:

'Bei dem Zweck des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, nicht nur den redlichen Mitbewerber zu schützen, sondern auch im öffentlichen Interesse den Auswüchsen im Wettbewerb überhaupt zu steuern, muß vielmehr auch in Betracht gezogen werden, ob eine Werbemaßnahme den Belangen der Allgemeinheit entspricht, und es kann bei der Prüfung ihres Erlaubtseins nicht daran vorübergegangen werden, ob sie wegen ihrer Folgen für jene Belange vom gesunden Volksempfinden gebilligt oder als sittenwidrig abgelehnt wird.' 5)

Nach dem Hinweis, daß bei normalem Wettbewerb es in Kauf genommen werden müsse, wenn ein Unternehmer im Wettbewerb unterliegt, fährt das Reichsgericht unter anderem fort:

1) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., Einleitung, 2. Kapitel, II.

Anm. 34, S. 101

Von diesem Satz soll einmal ausgegangen werden, um ihn dann im Verlauf der Abhandlung auf seine Richtigkeit zu prüfen.

2) RG Z 120, 49 ff.

3) BGH Z 19, 392 ff.

4) JW 1936, 2073

5) Das Reichsgericht verweist hier auf seine Entscheidungen in RGZ 120, 49 und RGJW 1935, 2723

'Anders liegt es dagegen, wenn sich der Wettbewerbskampf in Formen abspielt, die den allgemein gültigen Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung nicht entsprechen und dem Werbedenken im Felde kaufmännischer Betätigung eine Stelle zuweisen, die ihm nach seinem wirtschaftlichen Sinn und Zweck nicht zukommt.

Soweit hierdurch die Wirtschaftsordnung gestört und in ihrem normalen Verlauf beeinträchtigt wird, werden Belange der Allgemeinheit betroffen, der insbesondere nach heutiger Rechts- und Wirtschaftsauffassung gegen jedermann ein Anspruch auf Einhaltung der Grenzen geschäftlicher Betätigung zusteht, innerhalb deren eine Entwicklung der Volkswirtschaft möglich ist.

Genügen wettbewerbliche Maßnahmen wegen ihrer diesem Ziele abträglichen Wirkung solchem Erfordernis nicht, so laufen sie nach heutigem Rechtsempfinden den guten Sitten zuwider. Das ist aber dann der Fall, wenn, wie hier, ein Unternehmer seine Ware, deren bestimmungsgemäßer Zweck darin besteht, dem Verbraucher auf dem Wege des geschäftlichen Umsatzes zugeführt zu werden, verschenkt. Geschieht dies zu Zwecken des Wettbewerbs, so liegt darin die Anwendung eines Werbemittels, das den Boden sinngemäßer kaufmännischer Betätigung verläßt und die Erzeugnisse des Unternehmens einem Zwecke dienstbar macht, der ihnen nach allgemeiner Wirtschaftsauffassung fremd ist. Nötigt dadurch der Mitbewerber seinen Konkurrenten, ihm auf diesem Wege zu folgen, so muß dies zu einer dem Zwecke und der Bedeutung geschäftlicher Werbung unangemessenen übertriebenen Belastung der Wirtschaft führen, deren Nachteile nicht nur der Mitbewerber, sondern letzten Endes die Allgemeinheit zu tragen hat.'

Auf diesen Gedanken hat das Reichsgericht wieder in seiner Entscheidung¹⁾ vom 19. 10. 1937 - Persilfall - Bezug genommen.

'Wenn aber das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, wie in dem Urteil vom 27. 3. 1936 unter Verweisung auf die ständige Rechtsprechung zu dieser Frage dargelegt wird, nicht nur den Schutz der Mitbewerber, sondern darüber hinaus den Schutz der Allgemeinheit gegen Auswüchse des Wettbewerbs zum Ziele hat, dann ist es unmöglich, den einzelnen Fall nur vom Standpunkt des werbenden Unternehmens zu betrachten, .. sondern es muß weiter geprüft werden, ob nicht die vielleicht für das werbende Unternehmen tragbare und Erfolg versprechende 'Wertreklame' deshalb unzulässig ist, weil sie, insbesondere bei der zu erwartenden Nachahmung durch andere Unternehmer, die nicht ins Hintertreffen kommen wollen, zur Schädigung der Wirtschaft und damit der Gesamtheit führen muß.'

In diesem Urteil spricht das Reichsgericht sodann im Hinblick auf die entgegenstehende Auffassung des Berufungsgerichts noch dieses aus:

1) RG JW 1938, 117 Nr. 11 = MuW 1938, 102

'Es ist auch kein Beweis gegen die Richtigkeit des Urteils vom 27. 3. 1936, daß die befürchtete Schädigung der Allgemeinheit nicht in jedem Falle, sondern nur bei unangemessenen und kaufmännisch nicht zu rechtfertigenden Schenkungen eintreten würde. Denn der Nachteil für die Allgemeinheit liegt gerade darin, daß die Zulassung solcher Werbung zu Nachahmungen und damit zu kaufmännisch nicht zu rechtfertigenden - weil sich immer mehr ausbreitenden - Schenkungen führen kann und führen muß.'

Vollständigkeitshalber sei noch auf das Urteil¹⁾ des Reichsgerichts im 'Lockenwicklerfall' vom 24. 6. 1939 verwiesen, wonach es der Zweck des Wettbewerbsgesetzes sei, auch die Gesamtheit vor wettbewerblichen Mißbräuchen zu schützen, und darum die unentgeltliche Abgabe von Waren zu Werbezwecken als wettbewerbsfremd und sittenwidrig im Sinne des § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb erscheine.

Sieht man sich die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes²⁾ an, so kann man feststellen³⁾, daß dieses Gericht nach anfänglicher strenger Anlehnung an die Rechtsprechung des Reichsgerichts allmählich hiervon abrückt⁴⁾ und seine Ansicht eigenständig begründet.

BGH in GRUR 1955, 541 ff. (542):

Der Bundesgerichtshof spricht in dieser Entscheidung vom 8.7.1955 - Bestattungswerbung - aus, daß durch § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb nicht nur die Mitbewerber vor einem unlauteren Wettbewerb zu schützen seien, sondern auch die Allgemeinheit vor Wettbewerbsauswüchsen bewahrt bleiben müsse. Denn das Wettbewerbsrecht sei nach seiner Zielsetzung dazu bestimmt, auch die Belange des Volkes im ganzen zu schützen.

BGH Z 13, 33 ff.:

In dieser Entscheidung hebt der Bundesgerichtshof zu der hier allein interessierenden Frage nach dem Schutzgegenstand des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb ausschließlich hervor,

1) RG Z 160, 385 ff. (388) = MuW 1939, 363

2) BGH in GRUR 1955, 541 ff.

BGH Z 13, 33 ff.

" 15, 356 ff.

" 19, 392 ff.

" 23, 365 ff.

BGH in NJW 1958, 1347

BGH in NJW 1960, 1294

3) BGH in GRUR 1955, 541 ff. (542)

BGH Z 13, 33 ff. (41)

" 19, 392 ff. (395)

4) BGH Z 23, 365 ff. und BGH NJW 1958, 1347, 1348

daß das Wettbewerbsrecht im Gegensatz zum Kartellrecht einen Individualschutz der Mitbewerber gegen unlautere wettbewerbliche Kampfesmethoden enthalte, ohne auch nur mit einem Wort den angeblichen Schutz der Belange des Volkes im ganzen zu erwähnen.

BGH Z 19, 392 ff. (395):

Im Anschluß an sein Urteil vom 8. 7. 1955 tritt der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung der Rechtsprechung des Reichsgerichts¹⁾ in vollem Umfange bei uns stimmt ihm insbesondere auch darin zu,

'daß es für die Beurteilung der Unlauterkeit nicht nur auf die Auffassung der von der Werbung unmittelbar betroffenen Mitbewerber ankomme, sondern auch geprüft werden müsse, ob eine Werbemaßnahme den Belangen der Allgemeinheit entspreche'.

BGH Z 23, 365 ff. (371, 375):

Diese Entscheidung soll ausführlicher wiedergegeben werden, um einen gewissen Wandel in den Urteilsgründen im Vergleich zu früheren und zuvor angeführten Entscheidungen sichtbar zu machen. Nachdem der Bundesgerichtshof darauf hingewiesen hat, daß es Sinn jeden Wettbewerbs sei, in den Kundenkreis des Mitbewerbers einzudringen, um ihm durch Güte und Preise der eigenen gewerblichen Leistungen die Kunden abspenstig zu machen, fährt er fort:

'Indessen folgt daraus nicht, daß jede Werbemethode und insbesondere auch eine solche zulässig wäre, die geeignet ist, die Grundlage der bestehenden Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung anzutasten.

Zwar trifft es zu, daß das freie Spiel der Kräfte und die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung durch das Grundgesetz in den Artikeln 2 und 12 gewährleistet sind, jedoch nur mit der Einschränkung, daß nicht die Rechte anderer verletzt werden und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung und gegen das Sittengesetz verstoßen wird.

Die Wettbewerbsfreiheit findet also dort ihre Grenzen, wo Eingriffe in die Belange der Allgemeinheit oder der Mitbewerber in einer Art erfolgen, die den sittlich-rechtlichen Anschauungen widersprechen. Gerade weil die Wettbewerbsordnung auf der Auffassung beruht, daß sich der Wettbewerb im lautereren und freien Kräftespiel entwickeln soll, muß eine Werbemaßnahme als unzulässig gelten, die den 'Bestand des Wettbewerbs' aufhebt, indem sie für eine geraume Zeit dem Mitbewerber schlechthin die Möglichkeit nimmt, überhaupt noch weiterhin an dem grundsätzlich allen offenstehenden Wettbewerb teilzunehmen. Wird ein Mitbewerber auf diese Weise vom Markt verdrängt, so widerspricht

1) RG in GRUR 1938, 207, 209 und RG in GRUR 1936, 810

ein solches Verfahren dem Sinn und Zweck jeden geschäftlichen Wettbewerbs und wird von einer gesunden Anschauung der in Betracht kommenden Verkehrskreise abgelehnt. Werbemethoden, die solche Gefahren heraufbeschwören, werden von dem verständig und gerecht denkenden Durchschnittsgewerbetreibenden ebenso abgelehnt wie von dem sittlichen Empfinden der Allgemeinheit.

Der Standpunkt der Beklagten schließlich, es könne nicht Aufgabe der Gerichte sein, wirtschaftslenkende Maßnahmen zu ergreifen, ist sicherlich zutreffend. Es ist der Beklagten auch zuzugeben, daß das Reichsgericht in einigen der oben genannten Entscheidungen zur Begründung der Unzulässigkeit der dort beanstandeten Werbemaßnahmen Erwägungen angestellt hat, die teilweise betriebswirtschaftlicher und wirtschaftspolitischer Art sein mögen und sich wohl in erster Linie aus der damals bestehenden Planwirtschaft erklären lassen.

Gerichtsentscheidungen, die ein Werbesystem unter dem Blickpunkt würdigen, ob bei den Werbemaßnahmen einer Partei die dem Wettbewerb wesens eigenen Wirkungen noch zur Geltung kommen, werden zwar in ihren Folgen ebenfalls den Verlauf des Wirtschaftsgeschehens beeinflussen. Sie werden damit aber noch nicht zu 'wirtschaftspolitischen' Entscheidungen, finden vielmehr ihre Grundlage in dem vom Recht verlangten Schutz der Mitbewerber gegen eine Behinderung ihrer wettbewerblichen Betätigung.'

BGH in NJW 1958, 1347 und 1348: .

Der Bundesgerichtshof wendet sich in dieser Entscheidung noch weiter von der Ansicht des Reichsgerichtes ab, daß ein Werbemittel dann rechts- und sittenwidrig ist, wenn es dem volke schadet, und stellt fest:

'Direktverkäufe sind nicht gewissermaßen per se wettbewerbswidrig im Sinne des § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, auch nicht solche des Großhändlers an den Letztverbraucher.

Selbst wenn man solche Verkäufe für unerwünschte, volkswirtschaftlich und sozialpolitisch bedenkliche Erscheinungen des Wirtschaftskampfes halten will, rechtfertigt dies ihre Beurteilung als unlautere Wettbewerbsmaßnahmen im Sinne der Generalklausel des § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb nicht.

Eine Wettbewerbshandlung ist nicht schon deshalb vom Standpunkt der Lauterkeit des Wettbewerbs aus zu mißbilligen, weil sie den Mitbewerbern unerwünscht und geeignet ist, ihnen erhebliche Benachteiligungen und Schäden zuzufügen. Auch volkswirtschaftliche und soziale Bedenken gegen bestimmte Wettbewerbshandlungen sind für sich allein kein Grund, solche Maßnahmen für sittenwidrig zu halten.

Derartige Gesichtspunkte könnten bei der Prüfung, ob eine Maßnahme wettbewerbswidrig im Sinne des § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb ist, möglicherweise dann eine Rolle spielen, wenn sich die Frage stellen würde, ob die Wettbewerbsmaßnahmen geeignet sind, die Grundlagen der bestehenden Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung anzufassen; denn in solchen Fällen könnten sich die Maßnahmen als unzulässige Eingriffe in das Wettbewerbsleben darstellen.'

BGH in NJW 1960, 1294:

Abschließend sei noch auf diese interessante Entscheidung des Bundesgerichtshofes hingewiesen und aus ihr folgender Satz wiedergegeben:

'Um in Zweifelsfällen festzustellen, ob eine Werbemethode mit Rücksicht auf die mit ihr verbundene Wirkung auf die Willensfreiheit des Angesprochenen noch mit den Anforderungen des lautereren Wettbewerbs vereinbar ist, ist schließlich zu fragen, ob die Mitbewerber aus Wettbewerbsgründen gezwungen wären, diese Werbemethoden nachzuahmen und wie sich eine solche allgemeine Nachahmung auswirken würde.'

Zu Beginn der Erörterung der dargestellten Urteile des Reichsgerichts kann festgestellt werden, daß der maßgebende Gesichtspunkt, welcher das Reichsgericht bestimmte, Schenkungen zu Werbezwecken als grundsätzlich unzulässig anzusehen, in allen Erkenntnissen übereinstimmend dieser ist, daß eine solche Werbemethode, wenn sie bei einem Unternehmer geduldet werden würde, um sich greifen und damit zu einer übergroßen Belastung der Allgemeinheit führen, mithin dem Gesamtinteresse abträglich sein würde.

Es wird die Sittenwidrigkeit der Werbemethode also aus einem zu mißbilligenden Ergebnis abgeleitet, zu welchem diese Methode für die Allgemeinheit führen würde¹⁾.

Hier ist die Frage naheliegend, wie das Reichsgericht dazu gekommen ist, die Rechtmäßigkeit eines Werbemittels aus der Beurteilung des gesamtwirtschaftlichen Erfolges desselben, aus seiner Bewertung ihres ökonomischen Effektes oder Nutzens zu beantworten. Soweit ersichtlich, ist dieser Gesichtspunkt erstmals in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 27. 3. 1936 - Schuhcremefall - aufgetaucht. Das Reichsgericht beruft sich hierbei zu unrecht auf frühere Entscheidungen²⁾, denn in diesen angezogenen Urteilen ist nur davon die Rede, daß die Berechtigung zur Klage aus § 13 Abs. 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb auf dem Gedanken beruhe, daß die Unterlassungsklage, die an sich nur den Konkurrenten schützen soll, in Wahrheit, wie

1) Würdinger, Schenkung als Werbemaßnahme, WuW 1955, 71 ff. III.

2) RG Z 120, 49 und 128, 343

das Wettbewerbsrecht im ganzen, den Auswüchsen des Wettbewerbs auch im öffentlichen Interesse entgegentreten will.

Daraus folgert nun das Reichsgericht in seinen Entscheidungen vom 27. 3. 1936 und 19. 10. 1937, es sei geboten, aus dem ökonomischen Effekt, der nach der Auffassung des Reichsgerichts zu mißbilligen ist, die Unzulässigkeit dieses Werbemittels abzuleiten, da die Allgemeinheit an der Lauterkeit des Wettbewerbs interessiert sei.

Rechtswidrig ist das Werbemittel, weil es dem Volke schadet¹⁾.

W ü r d i n g e r bemerkt hierzu zutreffend, daß es keinem Zweifel unterliegen könne, daß 'das Reichsgericht zu dieser Rechtsprechung im Jahre 1936 übergegangen ist, in einer Zeit, welche Zweck und Rechtsnorm, Nutzen und Sittlichkeit in dem Satz identifizierte, daß das, was der Gesamtheit nütze, auch rechtens sei'.

In der Tat beruft sich das Reichsgericht in den angeführten Erkenntnissen mehrfach auf 'das gesunde Volksempfinden', die 'heutige Rechts- und Wirtschaftsauffassung' und das 'heutige Rechtsempfinden'.

Nach der Überwindung dieser Zeit der Plan- und Kriegswirtschaft kann man vom Standpunkt unseres heutigen Rechtsdenkens aus, welches Zweckmäßigkeit und Recht, Nutzen und Sittlichkeit wieder streng und sauber zu scheiden sich bemüht, welches ferner Rechtsprechung und Wirtschaftslenkung, Justiz und Verwaltung, sorgfältig trennt, diese Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht mehr aufrechterhalten²⁾.

Nach W ü r d i n g e r s Ansicht erweist sich diese Rechtsprechung des Reichsgerichts einerseits als ein logischer Widerspruch und andererseits als Übergriff der Rechtsprechung in den Bereich der Wirtschaftslenkung.

'Es trifft zu, daß an der Lauterkeit des Wettbewerbs die Allgemeinheit interessiert ist. Das Interesse der Allgemeinheit an der Lauterkeit des Wettbewerbs besteht aber deshalb, weil die wirtschaftliche Konzeption, welche der freien Wettbewerbs- oder sogenannten Marktwirtschaft zugrunde liegt, auf der Überzeugung beruht, daß jene, stets schwankende wirtschaftliche Situation,

1) Würdinger, a.a.O., WuW 1955, 71 ff. III. 2.c.

2) Würdinger, a.a.O., WuW 1955, 71 ff. IV.

jenes gesamtwirtschaftliche Ergebnis, jene Preis und sonstigen Modalitäten des Wirtschaftsverkehrs, welche sich im freien Kräftespiel von Angebot und Nachfrage unter Einhaltung lauterer Wettbewerbs herausbilden, wie immer sie im einzelnen aussehen mögen, den besten ökonomischen Effekt darstellen. Die Qualität der jeweils bestehenden gesamtwirtschaftlichen Situation 'gut' zu sein, ist daher bedingt durch die wirtschaftliche Prämisse des freien und lauterer Kräftespiels. Dagegen gibt es heutiger Auffassung gemäß kein 'a priori' feststehendes Modell eines ökonomischen Idealeffektes, an welchem sich die Güte oder Schädlichkeit des jeweils bestehenden Zustandes messen ließe. Dem realen Zustand wird die Bewertung 'Gut' vielmehr nur deshalb beigelegt, weil und wenn er sich unter Einhaltung rechtlich zulässiger Spielregeln im freien Kräftespiel entwickelt hat.

Aus diesem Grunde durfte der Bundesgerichtshof auch nicht so vorbehaltlos dieser Rechtsprechung des Reichsgerichts 'in vollem Umfange' beitreten¹⁾, und es ist sehr zu begrüßen, daß der Bundesgerichtshof in jüngeren Entscheidungen²⁾ selbst Zweifel an der Haltbarkeit der vom Reichsgericht vorgebrachten Gründe ausspricht, wenn auch zu wünschen gewesen wäre, daß der Bundesgerichtshof sich gegen die wirtschaftspolitischen Erwägungen des Reichsgerichts ausgesprochen und die Richtigkeit dieser Gründe nicht nur hätte dahingestellt sein lassen³⁾. Das Reichsgericht hatte nämlich den Boden des Rechts verlassen und Wirtschaftspolitik betrieben, indem es aus wirtschaftspolitischen Bewertungen der Wirtschaftslage Rechtsfolgerungen in bezug auf die Zulässigkeit von Werbemaßnahmen gezogen hat⁴⁾.

1) BGH Z 19, 392 ff. (395)

2) BGH Z 23, 365 ff. (375) und BGH NJW 1958, 1347, 1348

3) BGH Z 23, 365 ff. (375)

4) Würdinger, a.a.O., WuW 1955, 71 ff. IV. 2.:

Indem nämlich die Rechtsprechung auf Grund wirtschaftspolitischer Wertung des ökonomischen Effektes, welcher möglicherweise durch bestimmte Wettbewerbsmaßnahmen begünstigt wird, Folgerungen zieht für die Zulässigkeit der Wettbewerbsmaßnahme zu dem Zwecke, dadurch den wirtschaftlichen Effekt zu verhindern, ist das Urteil der Rechtswidrigkeit der Werbemaßnahme nicht eine Rechtsentscheidung, sondern der Ausspruch wirtschaftspolitischer Unerwünschtheit dieser Werbung. Damit greift die Rechtsprechung in das freie Kräftespiel ein, welches sich gerade von selbst ausbalancieren soll.

Wenn der Bundesgerichtshof in bezug auf die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Direktverkäufen vom Großhändler an den Letztverbraucher ausspricht¹⁾ - Künstlerpostkarten -, daß solche Verkäufe selbst dann nicht als unlautere Wettbewerbsmaßnahmen im Sinne der Generalklausel des § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb beurteilt werden könnten, wenn man sie für unerwünschte, volkswirtschaftlich und sozialpolitisch bedenkliche Erscheinungen des Wirtschaftskampfes halten wollte, so sollte diese Erkenntnis nicht auf diese Werbemaßnahme oder ähnliche Wettbewerbsmethoden beschränkt bleiben, sondern als Bewertungsmaßstab für die Lauterkeit oder wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit aller Wettbewerbshandlungen ausscheiden.

Aus dem wirtschaftlichen Nutzen, zu welchem zum Beispiel die Schenkung von Waren zu Werbezwecken möglicherweise führt, kann nämlich eine rechtliche Folgerung hinsichtlich der Erlaubtheit dieser Werbemaßnahme nicht gezogen werden. Denn die Frage der Zulässigkeit einer solchen Wettbewerbsmaßnahme ist allein aus der Methode dieser Werbung, nämlich aus Mittel und Zweck, zu beurteilen²⁾.

Darum bedeutet es trotz begrüßenswerten Abrückens von der Rechtsprechung des Reichsgerichts mit seinen wirtschaftspolitischen und betriebswirtschaftlichen Erwägungen noch einen zu behebenden Mangel, wenn der Bundesgerichtshof nicht konsequent seiner einmal gewonnenen Erkenntnis folgend den reichsgerichtlichen Bewertungsmaßstab 'der nach dem gesunden Volksempfinden und der heutigen Rechts- und Wirtschaftsauffassung Unerwünschtheit einer Wettbewerbsmaßnahme' mit dem Anliegen um den 'Bestand des Wettbewerbs' und der Sicherung der 'Grundlagen der bestehenden Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung' zu ersetzen sich bemüht³⁾.

1) BGH in NJW 1958, 1347 (1348):

Der Bundesgerichtshof stellt noch weitergehend fest:
Auch volkswirtschaftliche und soziale Bedenken gegen bestimmte Wettbewerbshandlungen sind für sich allein kein Grund, solche Maßnahmen für sittenwidrig zu halten.

2) Würdinger, a.a.O., WuW 1955, 71 ff. V.

3) BGH Z 23, 365 ff. (370) und NJW 1958, 1347, 1348

Der Bundesgerichtshof übersieht meines Erachtens hierbei, daß es nicht die Aufgabe des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb sein kann, den Bestand des Wettbewerbs und die Grundlagen der Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung zu gewährleisten. Denn es geht nicht an, einerseits die wirtschaftspolitische und soziale Neutralität des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb hervorzuheben¹⁾ und andererseits wirtschaftspolitische Erwägungen anzustellen, um eine Wettbewerbsmethode als unlauter bezeichnen zu können.

Wenn durch eine Wettbewerbshandlung, wie sie der Bundesgerichtshof im 'SUWA-Fall' zu beurteilen hatte, die Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung angetastet werden sollte, was schon eine Werbemaßnahme von beträchtlicher Einflußnahme oder Nachahmungsgeneigtheit voraussetzt und einen kapitalkräftigen Wettbewerber bedingt, so ist es doch wohl Aufgabe der Kartellbehörden und möglicherweise sogar des Bundeskartellamtes, diesen Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt der Marktbeherrschung festzustellen und entsprechende Maßnahmen zu ergreifen. Jedenfalls ist es nicht Sache der Gerichte, den Bestand des Wettbewerbs durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb zu garantieren.

Der Bundesgerichtshof hätte darum im 'SUWA-Fall'²⁾ auch besser daran getan, es in seiner Entscheidung nicht darauf beruhen zu lassen, ob im Streitfalle die von der Beklagten durchgeführte Massenverteilung noch als echte Abgabe von Warenproben angesehen werden kann oder ob sie in Wahrheit eine schenkweise Verteilung von Werbegaben bedeutet³⁾, sondern zu der grundsätzlichen Frage nach der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit einer zu Werbezwecken und nicht zum Erproben erfolgenden unentgeltlichen Warenabgabe Stellung nehmen und die Beantwortung dieser Frage zur Grundlage seines Urteils machen sollen.

Es fragt sich überhaupt, ob es für eine wirkungsvolle Anwendung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb erforderlich ist,

1) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., 3. Kapitel, II. 1. Anm. 71, S. 41

2) BGH Z 23, 365 ff. (370)

3) Mastelski, Anmerkung zur Entscheidung des Bundesgerichtshofes im 'SUWA-Fall' in LM Nr. 47 zu § 1 UWG

neben dem Individualschutz der Mitbewerber noch einen Schutz der Interessen der Allgemeinheit, einen Schutz der Belange des Volkes im ganzen, anzunehmen¹⁾.

Gewiß ist es unbestreitbar, daß die Öffentlichkeit neben den Mitbewerbern ein Interesse an der Sauberkeit des Wettbewerbskampfes hat²⁾. Dieses Interesse ist auf einen lauter geführten Wettbewerb gerichtet, da nämlich auch der in der Allgemeinheit zusammengefaßte einzelne Konsument Störungen der Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung durch unlauteres Verhalten eines Wettbewerbers zu spüren bekommen kann.

Das bedeutet aber nicht, daß das geschützte Rechtsgut des Wettbewerbsrechtes außerhalb der Wettbewerbshandlung bei einem angeblichen schutzwürdigen Interesse der Allgemeinheit zu suchen ist. Der Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechtes, an dessen Lauterkeit jeder Mitbewerber und die Allgemeinheit ein Interesse haben, kann sich vielmehr nur dort befinden, wo die Lauterkeit des Wettbewerbs gestört werden kann, nämlich beim wettbewerbsblichen Verhalten des Wettbewerbers selbst.

Ein Wettbewerber verhält sich wettbewerbswidrig, wenn er durch unlautere Wettbewerbsmaßnahmen den oder dem Mitbewerber die im lautereren Wettbewerb allen Wettbewerbern gebotene legale Erfolgchance zu nehmen trachtet. Den Maßstab für die Lauterkeit, das heißt für die Vereinbarkeit einer Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs mit den guten Sitten, gewinnen der Gewerbetreibende und die Rechtsprechung aus der Anschauung aller billig und gerecht denkenden Menschen, wodurch sich das Abheben des Bundesgerichtshofes auf die Meinung der verständig und gerecht denkenden Durchschnittsgewerbetreibenden und das sittliche Empfinden der Allgemeinheit erklärt.

Darum ist dem Bundesgerichtshof darin zuzustimmen, daß die Wettbewerbsfreiheit dort ihre Grenzen findet, wo Eingriffe in die Belange der Allgemeinheit oder der Mitbewerber in einer Art erfolgen, die den sittlich-rechtlichen Anschauungen dieser Mitbewerber

1) RG JW 1936, 2073, Nr. 14 und BGH Z 19, 392 ff. (395)
Baumbach-Hefermehl, a.a.O., Einleitung, 2. Kapitel, 5. Anm. 40, S. 105

Benisch, Zur Problematik eines gesetzlichen Schutzes des Leistungswettbewerbs, WuW 1955, 421 ff.

2) RG Z 120, 49 ff. und Würdinger in WuW 1955, 71 ff. IV. 1.a)

und der Allgemeinheit widersprechen, wobei die sittenwidrigen Eingriffe in die Belange der Allgemeinheit oder der Mitbewerber so zu verstehen sind, daß durch ein unlauteres Verhalten eines Mitbewerbers zunächst einmal in den Kreis seiner Mitbewerber Unruhe hineingetragen wird, die sich dann je nach der Intensität der Wettbewerbsmaßnahme auch für die gesamte Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung als schädlich erweisen kann. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß es unter anderem auch die Aufgabe des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb sei, das Interesse der Allgemeinheit an der Lauterkeit des Wettbewerbs zu schützen. Vielmehr gewinnt das Interesse der Öffentlichkeit bei wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen nur so viel an Bedeutung, als es erforderlich werden kann, neben der Anschauung aller verständig und gerecht denkenden Durchschnittsgewerbetreibenden das sittliche Empfinden der Allgemeinheit als Bewertungsmaßstab für die Zulässigkeit einer Wettbewerbsmaßnahme heranzuziehen. Diese Überlegung klingt auch in der dem Urteil des Reichsgerichts im 'Schuhcremefall'¹⁾ entgegenstehenden Auffassung des Berufungsgerichts an, daß die befürchtete Schädigung der Allgemeinheit nicht in jedem Falle, sondern nur bei unangemessenen und kaufmännisch nicht zu rechtfertigenden Schenkungen eintritt. Ob eine Werbemaßnahme durch Schenkungen die Gefahr der Nachahmung mit den vom Reichsgericht behaupteten schädlichen Folgen für die Gesamtwirtschaft in sich birgt und damit eine solche Wettbewerbshandlung gegen die guten Sitten verstößt, kann einmal zunächst durch die Anschauung der verständig und gerecht denkenden Durchschnittsgewerbetreibenden beurteilt werden, ohne daß hierzu zusätzlich auf das Empfinden der Allgemeinheit abgestellt zu werden braucht. Die Frage der Zulässigkeit einer Werbemaßnahme durch Schenkung läßt sich zudem nicht nach der wirtschaftlichen Unerwünschtheit dieser Werbung, sondern allein aus der Methode, nämlich aus Mittel und Zweck dieser Wettbewerbshandlung, beurteilen. Um ein solches Urteil abgeben zu können, bedarf es aber der Sachkenntnis, die mit Sicherheit in erster Linie bei den Mitbewerbern zu finden ist, die durch die Wettbewerbsmaßnahme ihres Mitbewerbers betroffen werden.

1) RG JW 1936, 2073 Nr. 14

Denn die Mitbewerber können ihre legale Erfolgchance ziemlich genau ermitteln, die ja hauptsächlichster Angriffspunkt jeglicher Wettbewerbshandlung mit lauterem und unlauterem Mitteln ist, und können dann auch sachkundig entscheiden, ob sich der Mitbewerber eines wettbewerbswidrigen Mittels zur Erreichung eines nicht zu billigenden Zwecks bedient.

Nimmt dagegen die als unlauter zu bewertende Wettbewerbsmethode einen solchen Umfang an, daß sie zu unangemessenen und kaufmännisch nicht zu rechtfertigenden Schenkungen führt, so wird auch unter Berücksichtigung von Mittel und Zweck einer solchen Werbung das sittliche Empfinden der Allgemeinheit ohne besondere, auf den betreffenden Wirtschaftsbereich bezogene Sachkenntnis als Bewertungsmaßstab herangezogen werden können.

In seinen jüngeren Entscheidungen¹⁾ zum Unlauterkeitsrecht spricht denn auch der Bundesgerichtshof immer nur dann von der Allgemeinheit, wenn es darum geht, einen Bewertungsmaßstab für die Lauterkeit oder Wettbewerbswidrigkeit der wettbewerbsrechtlich zu beurteilenden Wettbewerbsmaßnahme einmal aus der Anschauung der verständig und gerecht denkenden Durchschnittsgewerbetreibenden und zum anderen aus dem sittlichen Empfinden der Allgemeinheit zu gewinnen.

Wohl läßt sich dies nicht mit der wünschenswerten Klarheit diesen Urteilen entnehmen, jedoch findet sich in der Entscheidung zum 'SUWA-Fall' bereits ein Vorbehalt des Bundesgerichtshofes gegenüber der von ihm zunächst in vollem Umfange bestätigten Rechtsprechung des Reichsgerichts, und es fällt auf, daß der Bundesgerichtshof neben den vom Recht verlangten Schutz der Mitbewerber gegen eine Behinderung ihrer wettbewerbslichen Betätigung nicht auch den durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb angeblich zu gewährleistenden Schutz der Allgemeinheit stellt. Es ist nicht anzunehmen, daß der Bundesgerichtshof an dieser Stelle mehr oder weniger zufällig vergessen hat, die Allgemeinheit und ihr Interesse an der Lauterkeit des Wettbewerbs neben dem Schutz der Mitbewerber mit anzuführen. Zumal es in diesem Abschnitt galt, den Einwand der Beklagten gegen die wirtschaftspolitischen und betriebswirtschaftlichen Erwägungen des Reichsgerichts zu würdigen

1) BGH Z 23, 365 ff. und BGH NJW 1958, 1347 ff.

und zur Ansicht der Beklagten Stellung zu nehmen, es könne nicht Aufgabe der Gerichte sein, wirtschaftslenkende Maßnahmen zu ergreifen.

Der Bundesgerichtshof hält diese Auffassung der Beklagten mit Recht für zutreffend, spricht aber mit ebenso beizupflichtender Entschiedenheit aus, daß Gerichtsentscheidungen, die ein Werbesystem unter dem Blickpunkt würdigen, ob bei der Werbemaßnahme einer Partei (im prozessualen Sinne) die dem Wettbewerb wesenseigenen Wirkungen noch zur Geltung kommen, in ihren Folgen den Verlauf des Wirtschaftsgeschehens beeinflussen werden.

Wägt man dann das ausschließliche Recht der Legislative und Exekutive, allein wirtschaftspolitische Maßnahmen nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland beschließen und anordnen zu dürfen, mit der Möglichkeit einer unmittelbaren wirtschaftslenkenden Einflußnahme einer Gerichtsentscheidung auf die Wirtschaft ab, so wird einem die Gewichtigkeit der Argumentation des Bundesgerichtshofes bewußt. Er stellt in diesem Zusammenhang fest, daß solche Entscheidungen mit Einfluß auf das Wirtschaftsgeschehen damit noch nicht zu wirtschaftspolitischen Entscheidungen werden. Weiter rechtfertigt er den Eingriff eines solchen Urteils in die Wirtschaftslenkung und damit in den Zuständigkeitsbereich der Legislative und Exekutive damit, daß ein Urteil mit Einflußnahme auf das Wirtschaftsgeschehen 'vielmehr seine Grundlage in dem vom Recht verlangten Schutz der Mitbewerber gegen eine Behinderung ihrer wettbewerblichen gewerblichen Betätigung findet'.

Hieraus ergibt sich einmal, daß der Bundesgerichtshof den vom Recht verlangten Schutz der Mitbewerber gegen eine Behinderung ihrer wettbewerblichen Betätigung als ausreichend für die Begründung seiner Entscheidung ansieht und ein zusätzliches oder ausschließliches Abstellen auf den Schutz der Interessen der Allgemeinheit an der Lauterkeit des Wettbewerbs für überflüssig hält oder sogar für nicht zutreffend betrachtet.

Damit würde der Bundesgerichtshof mittelbar die hier vorgetragene Ansicht bestätigt haben, daß dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nur ein Individualschutz eignet und seine Aufgabe nicht zusätzlich¹⁾ oder ausschließlich darin besteht, den Schutz der Allgemeinheit und ihres Interesses an einem lauterem Wettbewerbskampf zu gewährleisten.

1) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., Einleitung, 2. Kapitel, II. 1. Anm. 34, S. 101,

Ulmer, Sinnzusammenhänge, a.a.O., S. 12

Zum anderen kennzeichnet der Bundesgerichtshof durch die Art der Wettbewerbshandlung, warum er diese Wettbewerbsmaßnahme für wettbewerbswidrig hält. Sie behindert die Mitbewerber in ihrer wettbewerblichen Betätigung. Damit greift der Bundesgerichtshof ein von N i p p e r d e y ¹⁾ geschaffenes Wettbewerbsschema auf, das das Reichsgericht in dem bekannten 'Benzin-Urteil' ²⁾ übernommen und mit Erfolg angewandt hat. N i p p e r d e y unterscheidet zwischen Leistungs- und Behinderungswettbewerb und umschreibt diese beiden Begriffe wie folgt:

'Leistungswettbewerb sind wettbewerbstatbestände, die in der Förderung der Absatztätigkeit des eigenen Geschäftsbetriebes mit den Mitteln der eigenen Leistung, wie Qualität, günstige Preisstellung und faire Werbung bestehen.'

'Behinderungswettbewerb sind dagegen Wettbewerbstatbestände, die nur eine Behinderung des Mitbewerbers herbeiführen, um dadurch erst freie Bahn für den eigenen Absatz zu schaffen.'³⁾

Geht man bei der wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Wettbewerbsmaßnahmen von dieser Unterscheidung aus, so bietet die begriffliche Bestimmung des Behinderungswettbewerbs in den Fällen, in denen das Reichsgericht ⁴⁾ und der Bundesgerichtshof ⁵⁾ bisher zusätzlich noch auf die angeblich zu schützenden Interessen der Öffentlichkeit an der Lauterkeit des Wettbewerbs hingewiesen haben, eine ausreichende Grundlage, um eine Wettbewerbsmethode daraufhin zu untersuchen, ob sie den Grundsätzen eines lautereren Wettbewerbs entspricht oder als unlauter zu bezeichnen ist. Denn von einem

1) Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung, S. 16

2) RG Z 134, 342 ff. (352):

Das Reichsgericht erblickte in dem von ihm zu entscheidenden Sachverhalt einen Wettbewerbstatbestand des Behinderungswettbewerbs, während Nipperdey einen Fall des Leistungswettbewerbs als gegeben ansah.

3) Callmann, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, S. 20:

Nach Callmann ist unter Leistungswettbewerb ein Wettbewerb durch Kräfteentfaltung und nicht durch Kräfte mißbrauch zu verstehen. Ähnlich auch

Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 73

4) RG JW 1936, 2073 Nr. 14 und RG JW 1938, 117 Nr. 11

5) BGH Z 19, 392 ff. und BGH Z 15, 356

Leistungswettbewerb kann dann nicht mehr gesprochen werden, wenn die Wettbewerbsmaßnahmen unter Mißbrauch einer wirtschaftlichen Machtstellung vorgenommen und unfaire Werbung betrieben werden¹⁾.

Darum wird die Entscheidung des Bundesgerichtshofes im 'SUWA-Fall' auch von der unter diesem Gesichtspunkt angestellten Überlegung getragen, daß eine Werbemaßnahme wettbewerbswidrig ist, wenn genügend kapitalkräftige Produzenten ihre Waren massenweise verschenken, wodurch den mit nicht entsprechenden Geldmitteln ausgestatteten Mitbewerbern für eine durchaus ins Gewicht fallende Zeit jede Möglichkeit genommen wird, sich noch weiter am Wettbewerbsleben zu beteiligen, weil ihnen die Absatzmöglichkeiten infolge der eintretenden Verstopfung des Marktes abgeschnitten wären.

Klarer und überzeugender kann man das Vorliegen eines Falles von Behinderungswettbewerb nicht mehr kennzeichnen, als dies dem Bundesgerichtshof gelungen ist:

- 1) Benisch, Zur Problematik eines gesetzlichen Schutzes des Leistungswettbewerbs, WuW 1955, 421 ff.

Benisch stellt in seiner Abhandlung die unterschiedlichen Auffassungen dar, die in der Literatur zu der Frage bestehen, in welchem Verhältnis der Begriff des Leistungswettbewerbs zu dem des lauterer beziehungsweise unlauteren Wettbewerbs steht. Auf dieses Problem sei an dieser Stelle aufmerksam gemacht.

Nipperdey (WuW 1954, 216), von Nell-Breuning (WuW 1952, 373), Möhring (WuW 1954, 289), Reichsgericht in RGZ 134, 342 ff. (352) und Bundesgerichtshof in BGH Z 15, 356 verknüpfen den Leistungswettbewerb mit dem lauterer Wettbewerb, während Baumbach-Hefermehl, a.a.O., und Benisch selbst nicht jeden Leistungswettbewerb als erlaubt ansehen.

Für den Leistungswettbewerb soll nach der Ansicht von Nipperdey stets das Recht zu freier Betätigung ohne jede Rücksicht auf schädliche oder vernichtende Wirkungen bestehen mit der Folge, daß auch nicht etwa die Absicht der Schädigung oder Vernichtung des wirtschaftlichen Fortbestehens diese Wettbewerbs-handlung sittenwidrig machen könne.

Für den Behinderungswettbewerb dagegen, der dazu führe, daß die natürliche Folge des Wettbewerbs - das Werben um den freien Kunden unter Einsatz der Vorteile der eigenen Leistung - ausgeschaltet und damit eine der wesentlichen Voraussetzungen des freien Marktes beseitigt werde, könne die übermäßige Behinderung des Gegners ein sittenwidriges Mittel im Wettbewerbskampfe sein. Denn der Behinderungswettbewerb verfolge ohne Steigerung der eigenen Leistung nur den Zweck, den Mitbewerber in seiner Handlungsfreiheit zu beeinträchtigen, um sich dadurch freie Bahn für künftige eigene Absatztätigkeit zu schaffen; hier ist die Schädigung sowohl Mittel als auch Zweck.

'Die Gefahr einer Beeinträchtigung des freien Leistungswettbewerbs besteht im vorliegenden Falle um so mehr, als für den Verbraucher von Waschmittelpulver im Gegensatz zu anderen Verbrauchsgütern der Bedarf jeweils nach oben hin begrenzt ist; denn jede Hausfrau wird immer nur so häufig waschen, wie dies ihrem in der Regel gleichmäßigen Bedarf entspricht.

Die Befriedigung eines zusätzlichen Bedürfnisses und damit eine Konsumsteigerung wird also kaum in Betracht kommen, auch nicht durch Gewinnung weiterer bisher überhaupt noch nicht beliefelter Abnehmerkreise. Die Werbung der Beklagten muß sich daher zwangsläufig dahin auswirken, daß der Absatz anderer Mitbewerber vermindert wird, ohne daß diesen auch nur die wettbewerbliche Chance verbleibt, sich auf dem Markt einen Ausgleich zu verschaffen. Das aber widerspricht den Grundsätzen des lautereren Wettbewerbs.'

Denn hier wird, so könnte man mit B ö h m und C a l l - m a n n den Bundesgerichtshof in seiner Argumentation ergänzen, die Vereitelung fremder Geschäftsabschlüsse nicht durch die Entfaltung eigener besserer Leistungskraft zustande gebracht, sondern der Mitbewerber ohne Steigerung der eigenen gewerblichen Leistung im Wettbewerb behindert. Und dies geschieht nur zum Zwecke, dem Mitbewerber den Absatz zu vermindern, um sich dadurch freie Bahn für künftige eigene Absatztätigkeit zu schaffen. Hier ist die Schädigung des Mitbewerbers sowohl Mittel als auch Zweck.

Unter Mißbrauch der eigenen, für eine außergewöhnliche Wettbewerbsmethode genügenden Kapitalkraft und durch die damit durchgeführte unfaire Werbung wird der Mitbewerber in der Entfaltung einer wettbewerblichen Betätigung und damit in der Wahrnehmung seiner legalen Erfolgschance behindert.

Machtmißbrauch und unfaire Werbung zum Zwecke der Wettbewerbsbehinderung ohne eine auf die Vergrößerung des eigenen Absatzes gerichtete Absicht¹⁾ machen den verwerflichen Inhalt einer solchen Wettbewerbsmethode aus, denn der Behinderungswettbewerb ist nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Unlauterkeit zu betrachten (unfaire Werbung), sondern auch unter monopolistischen Aspekten²⁾.

Zusammenfassend kann auf Grund der angestellten Überlegungen gesagt werden, daß es die alleinige Aufgabe des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb ist, einen Individualschutz der Mitbewerber zu gewährleisten. Das Interesse und die Belange der Allgemeinheit gewinnen auf die wettbewerbsrechtliche Bewertung von

1) Eine solche Vergrößerung kann, braucht aber nicht das beabsichtigte Endziel zu sein.

2) Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 284 ff.

Wettbewerbstatbeständen nur dadurch Einfluß, daß neben den Anschauungen der verständig und gerecht denkenden Durchschnittsgewerbetreibenden auch auf das sittliche Empfinden der Allgemeinheit über die Lauterkeit oder Verwerflichkeit einer Wettbewerbsmaßnahme Rücksicht zu nehmen ist.

Bei dieser ausschließlich individualrechtlichen Betrachtungsweise entgehen die Gerichte auch der Gefahr, daß ihnen vorgeworfen wird, aus Rücksichtnahme auf die Belange der Öffentlichkeit wirtschaftspolitische Entscheidungen zu treffen. Dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb wird unter sozialrechtlichen Erwägungen auch nicht ein Schutzgegenstand unterschoben, den der Gesetzgeber durch dieses Gesetz gewiß nicht geschützt wissen will und wollte.

Nicht zuletzt ist auch in rechtssystematisch sauberer Weise möglich, zwischen einem Individualschutz durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und einem noch zu untersuchenden ausschließlichen Institutionsschutz des Wettbewerbs durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu unterscheiden. Jedenfalls ist es für das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb schon selbst von vorteil, wenn man den Individualschutz als die unmittelbar gewollte Aufgabe dieses wichtigen wirtschaftsordnenden Gesetzes erkennt und dadurch der stets gegebenen Versuchung entgeht, eine Wettbewerbsmaßnahme wegen ihrer wirtschaftspolitischen Unerwünschtheit durch gern gebrauchte und schnell zur Hand gehende Ausdrücke wie 'Schutz der Belange des volkes im garzen', 'Schutz der Interessen und Belange der Allgemeinheit' und 'heutige Rechts- und Wirtschaftsauffassung' als wettbewerbswidrig zu beurteilen. Von zweitrangiger Bedeutung ist dann die Frage, wer oder was als Rechtsgut durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb unter individualrechtlicher Betrachtungsweise geschützt werden soll, das Recht des Mitbewerbers auf wettbewerbliche Betätigung, sein Recht am Unternehmen oder seine im lautereren Wettbewerb gegebene legale Erfolgchance.

Den Vorzug verdient allerdings meines Erachtens die von B ö h m überzeugend umschriebene Aufgabe des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, die legale Ertragschance, den unter bestimmten Verhaltensmaßnahmen erzielbaren Erfolg, zu schützen¹⁾. Denn hierauf

1) Kummer, a.a.O., S. 88, 94, 111

ist der Angriff des Mitbewerbers mit lauterem und wettbewerbswidrigen Mitteln gerichtet. Ihm geht es nicht um die Person des Mitbewerbers¹⁾ oder dessen Unternehmen, sondern um die Vereitelung fremder Geschäftsabschlüsse und die Förderung seiner eigenen 'Chancen auf Abschluß des gewinngerichteten Leistungsaustausches'²⁾.

b) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Um das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen richtig in das System der schon bestehenden Gesetze, vor allem des hier besonders interessierenden Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, einfügen und damit eine verbindliche Aussage über das Verhältnis der Wettbewerbsbegriffe beider Gesetze zueinander machen zu können, ist es erforderlich, nun nach der Darstellung der Aufgaben und Ziele des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und der hierüber bestehenden Ansichten Klarheit über die gleichen Gesichtspunkte des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu gewinnen³⁾.

Dazu haben sich, und man ist versucht zu sagen, wie könnte es anders sein, im Schrifttum drei Meinungen gebildet, die es nun darzustellen und zu erörtern gilt.

1) Kummer, a.a.O., S. 111

2) Kummer, a.a.O., S. 111

3) Koenigs, Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, 1041 ff.

aa) Wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungsweise

Die Vertreter¹⁾ einer wirtschaftsverfassungsrechtlichen Betrachtungsweise sehen als Aufgabe und Ziel des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nur den Schutz des Wettbewerbs als Institution an.

-
- 1) a) Würdinger, Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, WuW 1953, 721 f.
b) Möhring, Wettbewerbsordnung und Kartellrecht, WuW 1954, 387 ff.
Nach Möhring ist Schutzgegenstand des Kartellrechts die Gesamtwirtschaft und das Gemeinwohl.
c) Benkendorff, Freie Berufe und Kartellgesetz, WuW 1956, 20 ff. (26)
Das Kartellverbot soll den Wettbewerb als solchen, das heißt in seiner Gesamtheit sichern.
d) Ewald in WuW 1956, 253 ff.
e) Benisch, Einkaufsmacht und Kartellbegriff, WuW 1956, 480 ff.
Im Gegensatz zu dem primär dem Individualschutz der Mitbewerber dienenden Zweck des UnlWG, besteht das Wesen des Kartellrechts aber darin, den freien Wettbewerb als Institution der Marktwirtschaft zu schützen.
f) Strickrodt, Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbotes, IV., WuW 1957, 75 ff. (81)
g) Schmitz, Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und seine Konzeption, NJW 1957, 1704 ff.
Schmitz bezeichnet in diesem Aufsatz als Schutzgegenstand des GWB den Wettbewerb als Instrument zur Erhaltung bzw. Herstellung der als zweckdienlich erkannten marktwirtschaftlichen Funktionszusammenhänge im Wirtschaftsprozeß, wobei er nur die Frage offen läßt, aus welchen Gründen sich der Gesetzgeber für die marktwirtschaftliche Ordnung entschieden hat, 'sei es wegen ihrer Rechenschaftigkeit und leistungsgerechten Preisbildung oder ihrer großen Ergiebigkeit, sei es wegen der Freiheit des Individuums'.
Schmitz, Der Wettbewerbsbegriff im Kartellrecht, NJW 1961, 2089 ff.
h) Ballerstedt, Kartellverbot und Einzelvertrag, JZ 1956, 267 ff. (271)
i) Hellwig, Die Sicherung des Leistungswettbewerbs in der Sicht der gesetzgeberischen Arbeit, WuW 1959, 389 ff.
j) Leo, Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB, WuW 1959, 485 ff.
k) Gemeinschaftskommentar (2.A.), S. 128 ff., 661, 666, 867 ff.
l) Rasch, Kommentar zum GWB, §§ 1 und 2
m) Ulmer, Peter, in WuW 1960, 163 ff. (173)

Ausgangspunkt und Rechtfertigung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist demnach nur eine wirtschaftspolitische Zweckmäßigkeitsentscheidung, nämlich die Überzeugung, daß die leistungsfähigste und daher zweckmäßigste Wirtschaftsform eine durch Angebot und Nachfrage über den Preis gesteuerte Marktwirtschaft ist. Notwendiger Bestandteil dieser Wirtschaftsform ist der freie Wettbewerb. Die Steuerung der Wirtschaft über Angebot und Nachfrage durch den Preis ist nämlich nur dann voll funktionsfähig, wenn sowohl auf der Angebots- als auch auf der Nachfrageseite eine möglichst große Zahl von Unternehmen steht und alle Marktteilnehmer volle wirtschaftliche Handlungsfreiheit haben. So können sie dann ihre Entscheidungen ohne Rücksicht auf eigene horizontale oder vertikale Bindungen treffen und stehen auch nicht Vertragspartnern gegenüber, die auf Grund ihrer wirtschaftlichen Macht als Einzelne oder als Kartell die Preise manipulieren können. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen schützt daher den Wettbewerb als Institution, weil er ein notwendiges Element der als beste Wirtschaftsform angesehenen Marktwirtschaft ist¹⁾.

Diese wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungsweise nahm ihren Ausgang von W ü r d i n g e r ²⁾, der den rechtspolitischen Ursprung des Anti-Trust-Rechts der Vereinigten Staaten von Nordamerika den wirtschaftspolitischen Erwägungen gegenüberstellt, die in der Bundesrepublik Deutschland zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen geführt haben.

Nach W ü r d i n g e r wird in den USA die Erhaltung des Wettbewerbs politisch mit dem Gesichtspunkt der individuellen Freiheit begründet, welche in der Freiheit des Zugangs zum Markt, in der Freiheit der unternehmerischen Betätigung zum Ausdruck kommt, weil darin dem Einzelnen die Möglichkeit des Erfolges und Gewinnes sich erschließt, damit die in der Unabhängigkeitserklärung proklamierte Freiheit des Strebens nach Glück sich eröffne.

Prüfe man dagegen den Text des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die amtliche Begründung oder die bekannten Thesen E r h a r d s , mit denen der Bundeswirtschaftsminister das generelle

1) Koenigs, a.a.O., in NJW 1961, 1041

2) Würdinger, a.a.O., in WuW 1953, 721 ff. und
Karlsruher Hefte Nr. 3, 1953

Kartellverbot gegenüber den Einwendungen der Industrie verteidigt habe, so sei kein einziger Anhaltspunkt dafür zu finden, daß das in § 1 des Gesetzes ausgesprochene Verbot in der Vorstellung der Freiheit der Persönlichkeit verankert sei. Alle zur Begründung dieses Verbots vorgetragenen Argumente seien vielmehr ausschließlich volkswirtschaftspolitischer Natur und beständen in der Auffassung, daß der freie Wettbewerb den optimalen volkswirtschaftlichen Effekt erziele.

So gelangt W ü r d i n g e r zu der Feststellung, daß das Kartellverbot in den USA der Idee der Freiheit als einer absoluten Idee und eines ethischen Postulats entsprungen ist und um des sittlichen Freiheitsprinzips willen geschaffen wurde, wonach es die individuelle Freiheit des Unternehmers in seiner wirtschaftlichen Entfaltung zu schützen gilt, die aber ihrerseits nicht zur Unterdrückung derselben Freiheit des anderen führen darf. Demgegenüber sei das Kartellverbot in Deutschland das Ergebnis einer wirtschaftspolitischen Konzeption und beruhe auf der Vorstellung des ökonomischen Nutzens der Gesamtheit, also auf der volkswirtschaftlichen Opportunität. Das deutsche Recht baue auf einer in ihrer Richtigkeit von verschiedenen und wechselnden Voraussetzungen bedingten ökonomischen Erkenntnis, einer gesamtwirtschaftlichen 'ratio', auf und schütze den Wettbewerb nur aus Gründen des materiellen Erfolges.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen sei nichts anderes als in Form eines Gesetzes vollzogene und auf Erhaltung der Marktwirtschaft gerichtete Wirtschaftspolitik.

Um seine Ansicht zu untermauern, weist W ü r d i n g e r auf drei wichtige Folgerungen hin, die sich aus der von ihm gewonnenen Erkenntnis ergeben.

1. Wäre der Zweck des Kartellverbotes Schutz der individuellen Freiheit, dann müßte die Verteidigung derselben dem Verletzten selbst im Wege der Klage vor den ordentlichen Gerichten überlassen bleiben; dann wäre die Einschaltung der Verwaltung mit rechtsgestaltender Befugnis wenig angemessen. Handelt es sich dagegen um die Frage, ob und inwieweit die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs gesamtwirtschaftlich notwendig oder gerechtfertigt ist oder inwieweit eben die allgemeinen Belange eine Ausnahme gebieten, dann ist zur Entscheidung dieser Frage die Verwaltung als Instrument zur Verwirklichung der mit dem Gesetz verfolgten Wirtschaftspolitik berufen.

Die Stichhaltigkeit dieser Argumente steht und fällt mit der Beantwortung der Frage, ob die Vorschrift des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen als eine Schutzbestimmung des § 38 dieses Gesetzes anzusehen ist. Hierauf soll später eingegangen werden.

W ü r d i n g e r bemerkt in diesem Zusammenhang, daß dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen aus seiner volkswirtschaftlichen Konzeption heraus ein individueller Existenzschutz fremd und auch mit dem Sinn des Wettbewerbs nicht vereinbar sei, denn der Wettbewerb diene dem gesamtwirtschaftlichen Interesse, weil der durch das freie Kräftespiel von Angebot und Nachfrage bedingte Preis oder allgemeiner die dadurch bedingte Marktlage den wirtschaftlich besten Effekt erziele.

2. Da das deutsche Gesetz auf der Vorstellung beruht, daß der freie Wettbewerb den besten ökonomischen Effekt erziele, die Richtigkeit dieser Vorstellung aber von dem Vorliegen bestimmter ihrer Natur nach wandelbarer wirtschaftlicher Voraussetzungen abhängt, ist der Gesetzgeber gezwungen, das grundsätzliche Verbot durch Ausnahmen aufzulockern.
3. Aus der genannten 'ratio' des Gesetzes erklärt sich sodann, daß das Gesetz nur für bestimmte Unternehmerkreise gilt, für jene nämlich, für welche die Voraussetzungen des Wettbewerbs bestehen, der freie Wettbewerb mithin den ökonomischen Vorteil zu bewirken vermag, während wichtige Wirtschaftsbereiche Ausnahmestellungen genießen, oder von den gesetzlichen Bestimmungen überhaupt befreit sind, weil hier die Voraussetzungen des Wettbewerbs nicht zutreffen, wie zum Beispiel in der Land- und Forstwirtschaft.

Von diesen Gedankengängen ist auch W ü r d i n g e r s Ansicht über Aufgabe und Ziel des Gesetzes gegen wettbewerbswidriges Verhalten, des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und dessen Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bestimmt. So bezweckt nach W ü r d i n g e r das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nur dieses, daß 'die Konkurrenten in dem Bestreben, ihr Unternehmen in seiner Leistungskraft zu erhalten und zu steigern gegenüber denselben Bestrebungen der Mitbewerber, sich unlauterer Wettbewerbsmethoden enthalten'. Dagegen verhalte sich das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb dazu, daß ein Unternehmer in fairer Kampfweise den Mitkonkurrenten zur Existenzvernichtung treibt, neutral, so daß ein solches Niederringen eines Konkurrenten, in welchem sich die Reinigungsfunktion

des Wettbewerbs als letzte Konsequenz erfülle, wettbewerbsrechtlich nicht als rechtswidrig erscheine. Mithin sei beiden Gesetzen, sowohl dem Wettbewerbsrecht als auch dem Kartellrecht, die Vorstellung eines individuellen Existenzschutzes des Unternehmens fremd.

Indem sich W ü r d i n g e r die Verschiedenheit der Blickrichtung beider Gesetze bewußt macht, umschreibt er das Verhältnis des Kartellrechts zum Wettbewerbsrecht wie folgt:

1. Während das Kartellrecht den Schutz des Wettbewerbs als Institution der bestehenden Marktwirtschaft bezweckt, bekämpft das Wettbewerbsrecht innerhalb der in der Marktwirtschaft bestehenden Wettbewerbsfreiheit die Anwendung unlauterer Wettbewerbsmethoden, die Anwendung unzulässiger Kampfesmittel.

Umgekehrt ist dem Wettbewerbsrecht, welches allein auf die Formen des Wettbewerbskampfes Bezug nimmt, die Vorstellung des Schutzes des Wettbewerbs als Institution fremd. Nicht jede nach dem Kartellrecht unzulässige Beeinträchtigung des Wettbewerbs als Institution ist demnach eine Maßnahme unlauteren Wettbewerbs. Nicht jede Verletzung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb stellt umgekehrt einen rechtswidrigen Angriff gegen die Wettbewerbsfreiheit dar.

2. Die im Sinne des Kartellgesetzes unzulässige Wettbewerbsabsprache beginnt demnach da, wo sie sich auf Wettbewerbsmaßnahmen bezieht, die nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb als lautere Kampfesmethoden anzusehen sind, da Absprachen solcher Art sich nur auf lautere Wettbewerbshandlungen bezögen, wodurch der freie Wettbewerb als Institution der Marktwirtschaft eingeschränkt würde.

Umgekehrt ist nicht möglich, Maßnahmen unter dem Gesichtspunkt des unlauteren Wettbewerbs zu bekämpfen, deren vertragliche Ausschaltung einen Verstoß gegen das Kartellgesetz darstellen würde.

Hieran anschließend trifft W ü r d i n g e r folgende wichtige Feststellung:

Insoweit ist also eine Überschneidung beider Gesetze nicht möglich, da der Wirkungsbereich des einen Gesetzes da beginnt, wo der des anderen endet.

3. Das Kartellrecht schützt den Wettbewerb aus gesamtwirtschaftlichen Gründen.
Das Wettbewerbsrecht enthält einen Individualschutz der Mitbewerber gegenüber unlauteren Kampfesmethoden eines hemmungslosen Konkurrenten.
Verletzungen des wirtschaftlichen Sinnes des Wettbewerbes oder Angriffe gegen den Wettbewerb als Institution zu verhindern, ist nicht die Aufgabe des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, sondern ein Anliegen der künftigen (1) Kartellbehörde

1) Hier ist zu berücksichtigen, daß Würdinger seinen Aufsatz schon im Jahre 1953 veröffentlicht hat.

oder der geplanten Neuregelung des Wettbewerbsrechts.

Es wäre auch logisch unmöglich, gesamtwirtschaftliche Postulate mit individuellen, aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb abgeleiteten Unterlassungsansprüchen verkoppeln zu wollen.

Es wird sich von großem Nutzen erweisen, daß die Darlegungen W ü r d i n g e r s hier so ausführlich wiedergegeben wurden; denn einmal enthalten sie eine Fülle von Gedanken, die nachzuvollziehen sich gewiß lohnt, und gewichtige Argumente und zum anderen zeichnen sie sich durch systematische saubere Erarbeitung der gestellten Aufgabe aus und können hierin möglicherweise Vorbild, zumindest aber fruchtbare Anregung dieser Arbeit sein. Der Bundesgerichtshof hat sich denn auch die Gedankengänge W ü r d i n g e r s in einer Entscheidung¹⁾ aus dem Dekartellierungsrecht zu eigen gemacht und ebenfalls ausgesprochen, daß 'das Wettbewerbsrecht innerhalb der in der Marktwirtschaft bestehenden Wettbewerbsfreiheit die Anwendung unlauterer Wettbewerbsmethoden bekämpft, während das Kartellrecht den Schutz des Wettbewerbs als Institution der bestehenden Marktwirtschaft bezweckt.

Der Bundesgerichtshof weist sodann auch darauf hin, daß es beim Untersuchen des Verhältnisses zwischen dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und dem Kartellgesetz darauf ankomme, bei beiden Gesetzen die nach der verschiedenen Blickrichtung und Aufgabenstellung kartellrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Vorschriften zu treffende begriffliche Scheidung zu bedenken, denn das Wesen des Kartellrechts bestehe darin, den freien Wettbewerb als solchen zu schützen, während das Wettbewerbsrecht einen Individualschutz der Mitbewerber gegen unlautere wettbewerbliche Kampfmethoden enthalte.

Auch S t r i c k r o d t²⁾ schließt sich der Argumentation W ü r d i n g e r s an und macht vor allem auf die gesamtwirtschaftliche Motivierung der Gesetzesinitiative zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen aufmerksam.

1) BGH Z 13, 33 ff. (36)

Strickrodt, in WuW 1957, 75 ff. (81)

2) Strickrodt, Der wettbewerbspolitische Zweck des Kartellverbotes, WuW 1957, 75 ff. (81)

Strickrodt führt unter anderem aus, daß die amtliche Begründung an mehreren Stellen sehr deutlich ausführe, daß die Sicherstellung der Freiheit des Wettbewerbs, die Erhaltung und nötigenfalls die Neufundierung der Wettbewerbsordnung die wesentliche Aufgabe des Gesetzes und der Regierung sei¹⁾. Dabei werde die Wirtschaftsverfassung als das wirtschaftspolitische Gegenstück zur politischen Demokratie bezeichnet. Durch sie seien mit der Wettbewerbsordnung die wirtschaftlichen 'Grundrechte' der Freiheit der Arbeit und der Verbrauchswahl sicherzustellen²⁾.

Nach Strickrodt muß mit Würdinger diese Motivierung der Gesetzesinitiative im Sinne eines Schutzes der Institution des Wettbewerbs verstanden werden. Denn weder die amtliche Begründung noch der systematische Zusammenhang des Gesetzes deuteten darauf hin, daß das Gesetz primär dem Schutz der einzelnen, am Wirtschaftsleben aktiv Beteiligten, also vorzugsweise der Unternehmer, dienen solle. Da die ganze Konzeption des Gesetzes eine in höchster persönlicher Regsamkeit selbst geschaffene und zu erhaltende wagnishafte Unternehmensposition ihrerseits voraussetze, würde die Gleichrangigkeit eines Schutzes von Vermögensinteressen der einzelnen Unternehmen mit der Gewährleistung der Wettbewerbsordnung als solcher vielmehr kaum vollziehbar sein.

Auch Ballerstedt³⁾ und Bartholomeyczik⁴⁾ bestätigen die Ansicht Würdingers über

1) Amtliche Begründung, A.I. Abs. 1 und A. IV. Abs. 1, 4, 5

2) Lenich, Die Wettbewerbsbeschränkung, 1956, S. 560

Lenich zitiert hier eine Stellungnahme des Bundeswirtschaftsministers Professor Dr. Erhard:
Die Wirtschaftspolitik der Bundesregierung hat eine marktwirtschaftliche Konzeption zur Grundlage. Eine Marktwirtschaft ohne die Institution eines freien Leistungswettbewerbs ist nicht denkbar, und daher bedeutet das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen eine Vervollständigung der marktwirtschaftlichen Politik. Dieses Wettbewerbsgesetz ist ein notwendiger Bestandteil unserer Wirtschaftspolitik, es ist, wenn sie so wollen, die Krönung einer marktwirtschaftlichen Ordnung.

3) Ballerstedt, Kartellverbot und Einzelvertrag, JZ 1956, 267 ff. (271)

4) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2.A.), § 22, Anm. 34 a.E., S. 661

Aufgabe und Ziel des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, wobei B a l l e r s t e d t interessanterweise von der Frage ausgeht, ob die in § 1 des Entwurfs enthaltene Verbotsnorm ein den Schutz des einzelnen Marktteilnehmers bezweckendes Gesetz sein wird, während B a r t h o l o m e y c z i k im Zusammenhang mit Erörterungen über die Marktform der 'vollkommenen Konkurrenz' und ihrer Verwirklichung durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen feststellt:

'Da nicht ein theoretisches Marktmodell Schutzobjekt des Gesetzes sein kann, wird es der Wettbewerb sein müssen, wie ihn der Wirtschaftsverkehr auffaßt. Damit stimmt die Auffassung des Bundesgerichtshofes überein, nach der das Kartellrecht den Schutz des Wettbewerbs als Institution der bestehenden Marktwirtschaft bezweckt, im Anschluß an die gleiche Formulierung bei Würdinger.' (1,2)

Bei L e n i c h ³⁾ finden sich Gedanken, die diesen Abschnitt einer wirtschaftsverfassungsrechtlichen Betrachtungsweise der Aufgaben und Ziele des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen abschließen und zu einer individualrechtlichen Betrachtungsweise überleiten sollen.

L e n i c h lenkt den Blick auf die gesamte wirtschaftliche Entwicklung und meint hierzu, daß die moderne Wirtschaft die Tendenz habe, sich den Auswirkungen der Wettbewerbsfreiheit zu entziehen. Damit kann doch nur gemeint sein, daß die Träger der modernen Wirtschaft wegen der Erhaltung der Rentabilität ihrer Unternehmen durch Vereinbarungen mit ihren Mitbewerbern freiwillig auf die Ausübung ihrer Wettbewerbsfreiheit und damit auf diese selbst verzichten.

Da nach L e n i c h ⁴⁾ die kapitalistische Wirtschaftsordnung aber nur ohne die Wettbewerbsbeschränkungen besteht und mit ihrer Anerkennung fällt, gilt es wegen des volkswirtschaftlichen Nutzens, die Tendenz nach einer Beschränkung des Wettbewerbs zu bannen und die in der Wirtschaft Tätigen geradezu zum Wettbewerb und damit zum Ausüben ihrer Wettbewerbsfreiheit anzuhalten, und wenn erforderlich, sogar zu zwingen⁵⁾.

1) BGH Z 13, 33 ff. (37)

2) Würdinger, Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, 1953, Karlsruher Hefte Nr. 3, S. 16:
'Während das Kartellrecht den Schutz des Wettbewerbs als Institution der bestehenden Marktwirtschaft bezweckt, bekämpft ...'

3) und 4) Lenich, a.a.O., S. 23 und 482

5) Junckersdorff, Welt-Kartellpolitik im Umbruch, WRP 1959, 65 ff. (67)

Hierin kannman möglicherweise auch eine Erklärung dafür liegen, daß es nicht die Aufgabe und das Ziel des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sein kann, die Wettbewerbs- und Handlungsfreiheit des einzelnen Wettbewerbers zu schützen, denn dieser will ja in einer Reihe von Fällen freiwillig auf diese Rechte verzichten. Und anzunehmen, daß das Gesetz gegen den Willen der wirtschaftlich Tätigen eine Wettbewerbsfreiheit um des einzelnen Wettbewerbers willen schützen will, ist in sich widerspruchsvoll, jedenfalls insoweit, als der Schutz der Wettbewerbs- und Handlungsfreiheit jedes Wettbewerbers der alleinige gesetzgeberische Zweck eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sein soll. Jedoch soll zunächst die Ansicht der Vertreter eines Individualschutzes durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen dargestellt werden.

bb) Individualrechtliche Betrachtungsweise

Unter einem individualrechtlichen Gesichtspunkt sehen F i k e n t s c h e r ¹⁾ und L u k e s ²⁾ die Aufgabe und das Ziel des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Geschützt werden soll die Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer und ihre Möglichkeit, zwischen den autonomen Angeboten miteinander im Wettbewerb stehender Anbieter beziehungsweise Nachfrager zu wählen. Diese Handlungs- und Wahlfreiheit wird ihnen durch wettbewerbsbeschränkende Absprachen oder die Marktmacht einzelner Unternehmer genommen³⁾. Nach F i k e n t s c h e r ist die Grundlage der wirtschaftlichen Betätigung die Wettbewerbsfreiheit, das heißt die grundsätzlich freie Möglichkeit der Mitbewerber, Geschäftsbedingungen den Kunden möglichst günstig anzubieten, um durch Kundschaft möglichst viel zu verdienen, sowie für den Kunden die grundsätzlich freie Möglichkeit, zwischen den angebotenen Alternativen zu entscheiden.

F i k e n t s c h e r ⁴⁾ fährt dann fort:

'Diese beiden Wettbewerbsfreiheiten, die Mitbewerber- und die Kundenfreiheit, schützt in erster Linie das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen vor Beeinträchtigungen.

- 1) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S.227,230
Fikentscher, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge mit Dritten, BB 1956, 793 f.
- 2) Lukes, Der Kartellvertrag, S. 28 ff., 184 ff., 299
- 3) Koenigs, a.a.O., NJW 1961, 1041
- 4) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 227

as Schutzgut des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen ist also die Wettbewerbsfreiheit in einer der beiden Formen, und zwar, wegen ihrer Wurzel in der freien wirtschaftlichen Betätigung, als subjektives Recht.'

An anderer Stelle¹⁾ schreibt F i k e n t s c h e r :

'Der Sinn einer Gesetzgebung gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist, die Märkte offen zu halten, das heißt, den am Markt vorhandenen Anbietern und Abnehmern die freie Wahl des Vertragspartners zu solchen Bedingungen zu ermöglichen, die dem derzeitigen Stand der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung entsprechen. Das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen hat daher notwendig beide Marktseiten im Auge. Es verbietet den Mitbewerbern auf der einen Marktseite Abreden zur Beschränkung des Wettbewerbs, um dadurch den umworbenen Kunden auf der anderen Marktseite zu begünstigen. Dabei ist gleichgültig, ob die Mitbewerber auf der Anbieterseite und die Kunden auf der Abnehmerseite stehen oder umgekehrt. Ohne die wirtschaftliche Wechselbeziehung zwischen den Mitbewerbern auf der einen und den Kunden auf der anderen Seite läßt sich der rechtspolitische Zweck eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht erklären.'

S e y d e l²⁾ sieht den Zweck des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ebenfalls ausschließlich im Individualschutz, im Schutz der individuellen Freiheit der wirtschaftlichen Entschlie-
ßung und schreibt hierzu:

'Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist ein Grundgesetz der Wirtschaft, das seiner Natur nach die notwendige Ergänzung der Verfassung ist.

Wie auf politischem Gebiet die Spielregeln freiheitlicher Demokratie mißbraucht werden können, um mit den Mitteln der Verfassung einer Diktatur den Weg zu bereiten, so kann auf wirtschaftlichem Gebiet die Vertragsfreiheit und die ungehemmte Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung und des Zusammenschlusses zum Machtmißbrauch und zur Lähmung der wirtschaftlichen Bewegungsmöglichkeit führen.

Zweck und Ziel des Gesetzes ist (darum): die Sicherung der wirtschaftlichen Freiheit des einzelnen gegenüber dem Mißbrauch der Freiheit durch einzelne oder vereinigte Unternehmen. Das durch die Verfassung gesicherte Gut der Gewerbefreiheit und der freien wirtschaftlichen Betätigung soll nicht durch Mißbrauch privater Macht bei einzelnen angehäuft und anderen vorenthalten, sondern soll in Gleichheitlicher Bindung im Rahmen des Möglichen jedem gesichert bleiben, weil nur in der Gleichheit, der gleichen Freiheit, die Gerechtigkeit liegt. Die Freiheit der wirtschaftlichen Entschlie-ßung als eines der Grundrechte soll gewahrt werden.'

1) Fikentscher in BB 1956, 793 ff. (794)

2) Seydel, Zur Systematik des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1957, 1300 ff.

'Es ist, wie mir scheint, das Verdienst von B i e d e n k o p f , dies wissenschaftlich, das Verdienst von G ü n t h e r , dies programmatisch in den Vordergrund gerückt zu haben.'

So können unter individualrechtlicher Betrachtungsweise Aufgabe und Ziel des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen dahin umschrieben werden, daß es dem Gesetz um die Sicherung der wirtschaftlichen Betätigungs- und Entschließungsfreiheit des einzelnen Wettbewerbers gegenüber dem Mißbrauch durch Unternehmen geht.

cc) Soziales Zuordnungsverhältnis

Nach einer dritten Ansicht¹⁾ ist Aufgabe und Ziel des Gesetzes

- 1) a) Flume, Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag, WuW 1956, 457 ff. (467)
- b) Günther, Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf die Unternehmen, WuW 1957, 653 ff.
" Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und seine Konzeption, NJW 1957, 1704
" Wettbewerbsfreiheit und Unternehmertum, WuW 1958, 379 ff. (387)
" Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GRUR 1958, 575 ff. (578)
" Zum Wettbewerbsbegriff des § 1 GWB, MA 1959, 269 ff. (276)
" Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der deutschen Wirtschaftspolitik, WuW 1960, 747 ff. (753, 754)
- c) Cartellieri, in BB 1954, 384
- d) Brugger, Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 1959, 467 f.
- e) Koenigs, GWB und UnlWG unter besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln, GRUR 1958, 589
" Wechselwirkungen zwischen GWB und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, 1041
- f) Kellermann, Die gewerblichen Schutzrechte im GWB, GRUR 1958, 581 ff.
- g) Schmitz, Der Wettbewerbsbegriff im Kartellrecht, NJW 1961, 2089 ff.
- h) Biedenkopf-Callmann-Deringer, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung und aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, 1957, S. 11 ff., 13, 14, 32
Biedenkopf bezeichnet als unmittelbaren Zweck des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen die Verwirklichung des Leistungswettbewerbs, wo immer das möglich sei und bemerkt hierzu:
'Niemand will indes den Wettbewerb um seiner selbst willen. Vielmehr ist er nur das Mittel, um einen bestimmten, nämlich den eigentlichen Zweck des Gesetzes zu verwirklichen. Es gilt zu erkennen, daß der letzte Zweck des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht wirtschaftliches Kalkül, sondern nur die Verwirklichung einer der Bindung durch Gleichheit unterworfenen Freiheit sein kann.'

gegen Wettbewerbsbeschränkungen die soziale Zuordnung¹⁾ beider vorgenannter Ziele, nämlich die Erhaltung und Förderung des Wettbewerbs als Institution einer Wettbewerbswirtschaft durch Schutz der wirtschaftlichen Betätigungs- und Entscheidungsfreiheit des einzelnen.

Ein Hauptvertreter dieser dritten Ansicht ist der derzeitige Präsident des Bundeskartellamtes Dr. Günther. Er²⁾ beruft sich bei der Darlegung seiner Meinung auch auf die amtliche Begründung³⁾ und stellt fest:

'Nach seiner Begründung will das Gesetz die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen Unternehmens gegenüber dem Mißbrauch der Freiheit durch andere schützen und so das verfassungsmäßig garantierte Recht der freien wirtschaftlichen Betätigung und Entfaltung sichern.'

An anderer Stelle⁴⁾ hebt G ü n t h e r hervor:

'Die zur Vorlage und zur Verabschiedung des Gesetzes angestellten Erwägungen sind letztlich nicht so sehr wirtschaftlichem Kalkül entsprungen, sondern bedeuten Verwirklichung politischer und soziologischer Ziele.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen sollte als ein wirtschaftliches Gegenstück zur politischen Demokratie bezeichnet werden können. Es sollte gesehen werden unter dem entscheidenden Gesichtspunkt der Freiheitsgarantie.

1) Brugger, Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 1959, 470:

'Die Überbewertung der einen oder anderen Zielsetzung dürfte nicht gerechtfertigt sein. Man wird hier nicht von einem 'Vorrang' oder einem 'Primat' einer Zielsetzung sprechen können. Es handelt sich auch nicht um eine Frage der Kausalität, ob die Freiheitsgarantie die Ursache für die Marktwirtschaft oder die Folge einer marktwirtschaftlichen Ordnung ist. Die wirtschaftliche Freiheitsgarantie und der Wettbewerb als Institution einer sozialen Marktwirtschaft stehen in einer Wechselbeziehung, die als 'Soziales Zuordnungsverhältnis' bezeichnet werden kann.'

2) Günther, WuW 1957, 653 ff.

3) Gemeinschaftskommentar, S. 1057

'Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen stellt eine der wichtigsten Grundlagen zur Förderung und Erhaltung der Marktwirtschaft dar.

Es soll die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt.

4) Günther, Zum Wettbewerbsbegriff des § 1 GWB, MA 1959, 275, 276

Wenn aber der Gesetzgeber nicht das wirtschaftliche Resultat, sondern die Verwirklichung der Menschenwürde anstrebt, so wird tatsächlich der Erfolg des Gesetzes von einer Besinnung auf seinen freiheitlichen Zweck abhängig, davon also, daß jede Interpretation darauf fußt, daß der Gesetzgeber dieses Gesetz in einer Überzeugung verabschiedet hat, die Sicherung und Erhaltung der wirtschaftlichen und damit auch der politischen Freiheit sei auf die Dauer nur durch die Verhinderung der Bildung übermäßiger und durch die Kontrolle notwendiger wirtschaftlicher Macht zum Schutze der wirtschaftlich Schwachen möglich.'

Dem Bundeskartellamt weist G ü n t h e r dann auch die nach seiner Ansicht vom Gesetzgeber übertragene Aufgabe zu, die Funktionsfähigkeit des marktwirtschaftlichen Systems durch Schutz der wirtschaftlichen Betätigungs- und Entscheidungsfreiheit des Unternehmers zu erhalten und sie zu erhöhen, denn das Grundanliegen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sei die Freiheitsgarantie, Schutz und Sicherung der wirtschaftlichen Freiheit der einzelnen als Voraussetzung marktwirtschaftlicher Ordnung. Die soziale Marktwirtschaft sei nicht als Wunschbild zu verstehen, sondern als geschichtliches Erfordernis, das in einer konkreten Situation ein Maximum an Entfaltungsmöglichkeiten menschlicher Freiheit gewährleistet, welche die Voraussetzung der sittlichen Persönlichkeit überhaupt sei¹⁾.

Könnten sich bei der Durchsicht der einzelnen Abhandlungen Zweifel einstellen, ob G ü n t h e r nicht etwa der Freiheitsgarantie vor dem Schutz des Wettbewerbs als Institution der Marktwirtschaft den Vorrang einräumt, so sind solche Bedenken seit geraumer Zeit gegenstandslos, denn G ü n t h e r²⁾ erachtet beide Ziele des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen als gleichberechtigt nebeneinander stehend, indem er ausführt:

'Die durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen statuierte Wettbewerbsordnung ist gekennzeichnet durch den Schutz der freien Entfaltung der Persönlichkeit und des Wettbewerbs als einer Institution der sozialen Marktwirtschaft. Diesem Schutz liegt die Erkenntnis des Gesetzgebers zugrunde, daß wirksamer Wettbewerb mit der ihm innewohnenden Tendenz zur Leistungssteigerung der Wirtschaft die auf die Dauer günstigste Entwicklung der Unternehmen und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher gewährleistet, damit auf diesem Wege das - von der Wirtschaftspolitik angestrebte - optimale Wirtschaftswachstum bei gleichzeitig sozialer Befriedigung sicherstellen hilft und durch Bewahrung der Freiheitsphären

1) Günther, Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf die Unternehmen, WuW 1957, 653;

Günther, Zum Wettbewerbsbegriff des § 1 GWB, WuW 1959, 279

2) Günther, Konkurrierende Ziele der Wettbewerbspolitik, MA 1961, 273 ff.

des Individuums auch im wirtschaftlichen Bereich die folgerichtige Verwirklichung der politischen Freiheit in diesem Rahmen darstellt.

Die Verwirklichung und Erhaltung des Wettbewerbs durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist somit - neben den im Grundgesetz enthaltenen Voraussetzungen - ein entscheidendes Mittel der vom Gesetzgeber angestrebten Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung.

Mit diesen Zielen sind die Aufgaben der Kartellbehörden in Übereinstimmung mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen eindeutig vorgezeichnet: Das Mittel des Wettbewerbs im Interesse der Funktionsfähigkeit sozialer Marktwirtschaft wirksam zur Geltung zu bringen - Wettbewerbsratio.'

Gedanken gleicher Art finden sich bei B r u g g e r ¹⁾, der zur Begründung seiner Ansicht ausführt:

'Eine Wirtschaftsordnung, die auf der Grundlage einer Konkurrenzwirtschaft beruht, trägt zwangsläufig die Tendenz zur Wettbewerbsbeschränkung und zur Vermachtung in sich. Die Freiheitssphäre des Einzelindividuums kann gerade durch eine freie und vom Staat unkontrollierte Wettbewerbswirtschaft eine starke, von der Gemeinschaft nicht zu billigende Einengung erfahren.

Es ist daher die Aufgabe des Staates, durch seine gesetzgebenden Organe die Voraussetzungen zu treffen, die erforderlich sind, um eine Wirtschaftsordnung zu gestalten, die sowohl der wirtschaftspolitischen als auch der sozial- und rechtspolitischen Zielsetzung einer staatlichen Gemeinschaft gerecht wird.'

Nach B r u g g e r kann das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als wirtschaftspolitisches Ordnungsgesetz angesehen werden, das diesen Zielsetzungen entsprechen soll. Er bemerkt hierzu:

'Die Entscheidung des Gesetzgebers²⁾ für die Konzeption einer sozialen Marktwirtschaft ist nicht allein das Ergebnis von ökonomischen Zweckmäßigkeitserwägungen, die auf der Erkenntnis beruhen, daß der Wettbewerb, die Freiheit der Konsumwahl, die Freiheit der Preisbildung das leistungsfähigste und der Wohlfahrtsförderung am besten dienende Wirtschaftssystem sei - diese Entscheidung ist getragen von einem politischen und sozialen Bekenntnis zur wirtschaftlichen Freiheit und sozialen Gerechtigkeit.'

B r u g g e r vertritt darum auch die Ansicht, daß den Gesetzgeber bei der Beratung und Verabschiedung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen folgende Überlegungen hauptsächlich

1) Brugger, Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 1959, 468

2) Brugger meint hier die parlamentarische Entscheidung für das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

bestimmt haben:

'Die Erhaltung der wirtschaftlichen Freiheit bildet einmal die Grundlage für eine Sozialordnung, in der die Persönlichkeit und Menschenwürde des einzelnen Beachtung findet, zum anderen ist sie die Voraussetzung für die Verwirklichung einer sozialen, demokratischen Staats- und Rechtsordnung.

Das Phänomen der 'Interdependenz der Sozialordnungen' verlangt eine gesetzliche Regelung, die als wirtschaftspolitisches Gegenstück den Zielsetzungen der politischen Demokratie entsprechen muß.' (1)

Zusammenfassend stellt Br u g g e r ²⁾ dann fest, daß das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen dem Zwecke diene:

a) die wirtschaftliche Bewegungs- und Handlungsfreiheit des einzelnen im Rahmen des verfassungsmäßig garantierten Rechts der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) zu schützen
und

b) gleichzeitig den Schutz des Wettbewerbs als Institution, ohne den eine soziale Marktwirtschaft nicht möglich ist, zu gewährleisten,

wobei er diese beiden Ziele als gleichrangig betrachtet und die wirtschaftliche Freiheitsgarantie mit dem Wettbewerb als Instrument einer sozialen Marktwirtschaft in einer Wechselbeziehung stehend ansieht, die er als 'soziales Zuordnungsverhältnis' bezeichnet.

Der Schutz der wirtschaftlichen Handlungs- und Bewegungsfreiheit soll genauso wenig Selbstzweck und primäre Aufgabe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sein wie der Schutz des Wettbewerbs als Institution. Vielmehr ständen die beiden Zielsetzungen in einem interdependenten Zusammenhang. Für die Auslegung und Anwendung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen bilde die freie Entfaltung der Persönlichkeit im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG den persönlichen, die Erhaltung des wirtschaftlichen Wettbewerbs als Institution der Marktwirtschaft den sachlichen Ansatzpunkt³⁾.

1) Brugger, a.a.O., WuW 1959, 468:

Unter diesem Blickpunkt hat Günther das GWB gesehen und ihm den verpflichtenden Namen 'Magna Charta der Wirtschaftsfreiheit' gegeben.

2) Brugger, a.a.O., WuW 1959, 469

3) Brugger, Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 1959, 470

Wenn B r u g g e r in diesem Zusammenhang auf die unterschiedlichen Auffassungen aufmerksam macht, die über die Rangordnung der Zielsetzungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen bestehen, so ist einmal festzuhalten, daß dies nur für diejenigen Schriftsteller zutreffen kann, die die Aufgaben und Ziele dieses Gesetzes in einem 'sozialen Zuordnungsverhältnis'¹⁾ von Individual- und Institutionenschutz sehen. Zum anderen mag eine solche Feststellung im Zeitpunkt des Niederschreibens dieser Ansicht berechtigt gewesen sein. Heute bestehen jedenfalls solche unterschiedlichen Auffassungen über die Rangordnung der Zielsetzungen nicht mehr, denn die Vertreter²⁾ der dritten Ansicht, die hierfür in Betracht kämen, erachten die Zielsetzungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen als nebeneinander stehend.

Auf dieser systematischen Ungenauigkeit beruht auch die von B r u g g e r aufgestellte, aber unzutreffende Behauptung, daß W ü r d i n g e r 'das Schwergewicht auf den Schutz des Wettbewerbs als Institution lege'. Bei Würdinger kann die Frage nach der Rangordnung der Zielsetzungen überhaupt nicht aufkommen, denn für ihn bestehen Aufgabe und Ziel des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nur im Schutz des Wettbewerbs als Institution der sozialen Marktwirtschaft, und die diesem Wettbewerb immanente wirtschaftliche Freiheit ist gewissermaßen der 'Reflex' dieser Institution 'Wettbewerb'.

Hierbei macht es keinen Unterschied, daß Würdinger³⁾ nur davon spricht, daß dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ein individueller Existenzschutz des Unternehmens fremd sei, ohne auf die wirtschaftliche Freiheit als Handlungs- und Betätigungsfreiheit verstanden einzugehen. Denn Würdinger versteht diesen individuellen Existenzschutz nicht rein vermögensrechtlich auf das Unternehmen als Inbegriff von Sachwerten gerichtet, sondern erblickt den Betrieb durch das Handeln und Betätigen des Unternehmers im wirtschaftlichen Kampfe stehend und den Auswirkungen desselben preisgegeben. Nicht zuletzt findet sich bei W ü r d i n g e r auch der Satz

1) Brugger, a.a.O.

2) Günther, Konkurrierende Ziele der Wettbewerbspolitik, MA 1961, 273
Koenigs, NJW 1961, 1041

3) Würdinger, Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, Karlsruher Hefte Nr. 3, S. 11

'Wäre der Zweck des Kartellverbotes Schutz der individuellen Freiheit, dann müßte die Verteidigung derselben dem Verletzten selbst im Wege der Klage vor den ordentlichen Gerichten überlassen bleiben',

woraus man schließen kann, daß Würdinger in seiner Vorstellung über den Umfang eines Individualschutzes mit der von B r u g g e r, G ü n t h e r und K o e n i g s vertretenen Ansicht übereinstimmt. Auch F l u m e ¹⁾ teilt die Ansicht, daß 'die allgemeine Institution zugleich um der Einzelnen willen unter den Schutz des Verbotsgesetzes gestellt werde' und wendet sich gegen W ü r d i n g e r s Auffassung von einem grundsätzlichen Gegensatz in der Intention des amerikanischen Anti-Trust-Rechtes und des deutschen Kartellgesetzentwurfes.

Hierzu bemerkt F l u m e :

'Das amerikanische Antitrustrecht ist, wie die Rechtsprechung und der Report des Attorney General's National Committee zeigen, durchaus darauf abgestellt, den Wettbewerb als Institution im öffentlichen Interesse zu gewährleisten. Dem entspricht es auch, daß die Sicherung dieser Institution vornehmlich öffentlichen Stellen und nicht der Rechtsverfolgung durch den Privaten anvertraut ist, während es nach Würdinger für das amerikanische Recht gerade umgekehrt sein müßte.

Es ist jedoch mit einer Regelung, welche den Wettbewerb als Institution im öffentlichen Interesse gewährleisten will, durchaus vereinbar - und das lehrt gerade das amerikanische Recht -, daß auch private Schadensersatzansprüche gegeben werden.'

C a r t e l l i e r i ²⁾ stimmt W ü r d i n g e r insoweit zu, daß 'die Begründung des Gesetzentwurfes gegen Wettbewerbsbeschränkungen allein auf den wirtschaftspolitischen Zweck sieht'. Damit aber kann, so meint Cartellieri, vielleicht nicht gesagt werden, daß das Gesetz in seiner Gesamtheit stillschweigend nicht von der These ausgeht, der Freiheitsbegriff sei etwas Unteilbares und enthalte somit auch das Recht zur wirtschaftlichen Freiheit, zur Teilnahme am Wettbewerb unter gleichen Startbedingungen. Einen Hinweis für die Richtigkeit dieser Auffassung

1) Flume, Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag, WuW 1956, 467

2) Cartellieri, Betriebsberater 1954, 384

erblickt C a r t e l l i e r i darin, daß das damals noch im Entwurf befindliche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ein Baustein für eine rechtsstaatliche Ordnung sein sollte.

Nachdem nun die Hauptvertreter der drei Ansichten zu Wort gekommen sind, gilt es jetzt, sich kritisch mit ihren vorgetragenen und hier dargestellten Argumenten auseinanderzusetzen.

dd) Kritische Stellungnahme

Auf den ersten Blick könnte man meinen, daß die amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen G ü n t h e r Recht gibt, wenn sie einleitend unter anderem feststellt¹⁾, daß 'durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen die Freiheit des Wettbewerbs sichergestellt und eine Vielzahl selbständiger Unternehmerexistenzen erhalten werden sollen'. Aber solche vereinzelter Sätze sind kein hinreichender Grund für die Annahme, daß der Gesetzgeber durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen neben dem Wettbewerb als Institution der sozialen Marktwirtschaft noch die wirtschaftliche Wettbewerbsfreiheit als Individualrecht sichern will. Es hieße die Zielsetzung des Gesetzes verfälschen, wollte man aus solchen Formulierungen so weitreichende Folgerungen ziehen. Vielmehr gilt es, die Aufgabenstellung und Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen systematisch herauszuarbeiten.

Grundsätzlich ist hier zunächst soviel festzuhalten, daß es einen Unterschied macht, der bei der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit einem Gesetz und der Auslegung einer gesetzlichen Vorschrift unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Zielsetzung nicht übersehen werden darf, welche Aufgaben und Ziele der Gesetzgeber unmittelbar mit dem Gesetz verfolgt und welche Auswirkungen er sich durch die gesetzliche Regelung auf anderen Gebieten verspricht²⁾.

Auf das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bezogen, bedeutet dies, daß der Gesetzgeber durchaus die Wettbewerbswirtschaft 'nicht nur aus Gründen der ökonomischen Zweckmäßigkeit verlangt', sondern auch 'aus einer grundlegenden gesellschaftspolitischen Zielsetzung', wie dies auch H e l l w i g³⁾ hervorhebt. Damit

1) Gemeinschaftskommentar, S. 1057, 1060

2) Leo, Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB, WuW 1959, 487

3) Gemeinschaftskommentar, Schriftlicher Bericht, S. 1161

ist aber noch keineswegs dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen neben dem Schutz des Wettbewerbs als Institution der sozialen Marktwirtschaft die unmittelbare Aufgabe und Zielsetzung zugewiesen, die wirtschaftliche Handlungs- und Betätigungsfreiheit als Individualrecht zu gewährleisten. Vielmehr hat der Gesetzgeber richtig erkannt, daß ein Schutz des Wettbewerbs als Institution der sozialen Marktwirtschaft einmal unabdingbar für die Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung dieses bewährten Wirtschaftssystems ist, und zum anderen, daß durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und seine Normen folgerichtig eine Reflexwirkung erreicht wird, die sich als dem wirtschaftlichen Wettbewerb immanent für die Gesellschafts- und Staatsordnung als erwünscht erweist. Denn die vom Gesetzgeber mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen angestrebte Sicherung des Wettbewerbs als Prinzip der Marktwirtschaft verhilft in der Tat dem einzelnen Marktteilnehmer zu einer gewissen Freiheitszone für seine Wirtschaftssentschließungen, was aber nur eine mittelbare Folge dieses Gesetzes¹⁾ oder, wie W ü r d i n g e r ²⁾ zutreffend formuliert hat, 'ein tatsächliches Reflex des gesetzlichen Schutzes des Wettbewerbs gegen Beeinträchtigungen' ist. In der amtlichen Begründung³⁾ heißt es dann auch einleitend, daß 'das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen eine der wichtigsten Grundlagen zur Förderung und Erhaltung der Marktwirtschaft darstelle und das Gesetz von der durch die wirtschaftswissenschaftliche Forschung erhärteten wirtschaftspolitischen Erfahrung ausgehe, daß die Wettbewerbswirtschaft die ökonomischste und zugleich demokratischste Form der Wirtschaftsordnung sei'. Weiter ist vorwiegend von der durch den Wettbewerb als dem tragenden Organisationsbegriff und -prinzip der Marktwirtschaft bedingten Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung und davon die Rede, daß die Erfahrungen, die mit dem System der Marktwirtschaft seit der Währungsreform in der Bundesrepublik Deutschland gemacht worden sind, für die Richtigkeit der Erkenntnis sprächen, daß die freie Unternehmerwirtschaft, die Freiheit der Konsumwahl und die freie Preisbildung das leistungsfähigste und der

1) Leo, a.a.O., WuW 1959, 487

2) Würdinger, a.a.O., Heft 3, S. 10

3) Gemeinschaftskommentar, S. 1057, 1058

allgemeinen Wohlfstandsförderung am ehesten dienende Wirtschaftssystem sei.

Darum ist G ü n t h e r s ¹⁾ Bezugnahme auf die amtliche Begründung ungeeignet, seine Ansicht zutreffend zu begründen, und der von Strickrodt geäußerten Auffassung beizupflichten, daß weder die amtliche Begründung noch der systematische Zusammenhang des Gesetzes darauf hindeuten, daß das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen unmittelbar dem Schutz der einzelnen, am Wirtschaftsleben aktiv Beteiligten, also vorzugsweise der Unternehmen, dienen soll.

Würde der Gesetzgeber davon überzeugt gewesen sein, daß die im wirtschaftlichen Wettbewerb sich befindlichen Staatsbürger neben dem im Grundgesetz durch Art. 2 Abs. 1 gewährten Grundrecht auf persönliche Handlungs- und Betätigungsfreiheit in dem von der Verfassung gesetzten Rahmen und des damit gleichzeitig aufgestellten verfassungsrechtlichen Schutzes zusätzlich noch eines Schutzes dieser Rechte durch ein einfaches Gesetz bedürfen, so hätte er ein solches Gesetz auf alle im Wettbewerb befindlichen Einzelpersonen und im Unternehmen zusammengefaßten Personengruppen anwendbar erklären müssen. Denn ein solcher Schutz würde dann unteilbar sein und dürfte, einmal für allgemein notwendig erachtet, niemandem versagt werden.

Der Gesetzgeber hat aber in den Vorschriften der §§ 98 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausdrücklich bestimmte Unternehmen der öffentlichen Hand, der Privatwirtschaft und der land- und forstwirtschaftlichen Erzeugervereinigungen vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen. Sollten Bundesregierung und Bundestag hierbei von der Überlegung ausgegangen sein, daß diese Wettbewerber im Gegensatz zu den übrigen Marktteilnehmern eines zusätzlichen Schutzes ihrer wirtschaftlichen Handlungs- und Betätigungsfreiheit nicht bedürfen? Das kann nicht angenommen werden.

Es käme auch einem Verstoß gegen das Grundrecht der Gleichheit vor dem Gesetz gleich, würde der Gesetzgeber bei der von G ü n t h e r behaupteten Aufgabenstellung und Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen einen nicht unbedeutenden

1) Günther, Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf die Unternehmen, WuW 1957, 653 f.

Teil gerade der Familien- und mittelständigen Betriebe in der Landwirtschaft durch die Herausnahme aus dem angeblichen Schutzbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen den Schutz ihrer Handlungs- und Betätigungsfreiheit versagen. Denn gerade der Gesetzgeber ist für den ihm zukommenden Rechtsetzungsbereich an den Gleichheitssatz gebunden¹⁾ und bezogen auf den Schutz der individuellen Freiheit läßt sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache ergebender oder sonst sachlich einleuchtender Grund für eine unterschiedliche gesetzliche Regelung, wie sie bei der von G ü n t h e r angenommenen Aufgabe und Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen bestehen würde, nicht finden²⁾.

So liefert die Tatsache, daß die Unternehmen der öffentlichen Hand, bestimmte Unternehmen der Privatwirtschaft und land- und forstwirtschaftliche Erzeugerbetriebe und -vereinigungen aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausgeklammert sind, ein weiteres Argument dafür, daß die unmittelbare Aufgabe und das primäre Ziel des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen allein der Schutz des Wettbewerbs als Institution der sozialen Marktwirtschaft sein können, denn der Gesetzgeber hat diese Unternehmen nur herausgenommen, weil in diesen Wirtschaftsbereichen die Voraussetzungen für eine Wettbewerbswirtschaft überhaupt fehlen oder noch nicht genügend aufbereitet sind, um diese Wirtschaftszweige, vor allem die land- und forstwirtschaftliche Erzeugung, dem allgemeinen Wettbewerb auszusetzen³⁾.

1) Bayerischer Verfassungsgerichtshof, VerwRspr. 8, 782

2) Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 1, 14 und 3, 58

3) Würdinger, a.a.O.

Wenn H e f e r m e h l ¹⁾ hervorhebt, man solle beim Kartellrecht zwei Gruppen von Vorschriften unterscheiden, so ist ein solcher Hinweis auf das tatsächliche Vorhandensein einer ausgesprochenen Verbotsnorm in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und verschiedener Ausnahmevorschriften in den §§ 2 ff. mit der entsprechenden Befugnis der Kartellbehörde in § 12, bei Mißbrauch der Erlaubnis einschreiten zu dürfen, zutreffend und nur dadurch bedingt, daß der Gesetzgeber beim Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich vom Verbotsprinzip ausgeht und die zugelassenen Ausnahmen einer Mißbrauchskontrolle unterwirft. Der von H e f e r m e h l ²⁾ hieraus gezogenen Folgerung, das nämlich das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf Grund dieser beiden Gruppen von Vorschriften auch zwei Zielsetzungen verfolge, und zwar eine ökonomische durch Verwirklichung des Systems der freien Konkurrenz und eine sittliche durch die Entfaltung der persönlichen Freiheit auch für den wirtschaftlichen Bereich, kann allerdings nicht zugestimmt werden. Die Richtigkeit einer solchen Ansicht würde voraussetzen, daß die gesetzgeberische Gestaltung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nach dem Mißbrauchsprinzip gleichbedeutend mit der Annahme einer bestimmten Zielsetzung wäre, in diesem Falle mit dem Schutz der wirtschaftlichen Handlungs- und Betätigungsfreiheit.

1) Hefermehl, Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts, in Festschrift für Nipperdey, S. 297, 298:
'Als Zweck des Kartellrechts wird der Schutz des Wettbewerbs als Institution der bestehenden Marktwirtschaft angesehen. Es ist allerdings fraglich, ob sich sämtliche Vorschriften nur diesem Prinzip unterstellen lassen. Zumindest sollte man zwei verschiedene Gruppen von Vorschriften unterscheiden. Soweit Unternehmen verboten wird, untereinander wettbewerbsbeschränkende Abreden zu treffen, d.h. die Wettbewerbsfreiheit auf Grund der Vertragsfreiheit einzuengen oder aufzuheben, dient das Kartellrecht ausschließlich dem öffentlichen Interesse an der Lebendigerhaltung des freien Wettbewerbs. Denn sie können nicht den Schutz der Gewerbetreibenden bezwecken, die die wettbewerbsbeschränkende Abrede treffen und deshalb bestraft werden können. Soweit dagegen Kartellen wettbewerbsbeschränkendes und diskriminierendes Verhalten gegenüber unbeteiligten Unternehmen verboten wird, dienen seine Vorschriften nach Inhalt und Zweck in gleichem Maße dem Schutz des einzelnen ...'

2) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., 8. Auflage, 1960, Anm. 3, 4 und 5 Einl. GWB S. 1209

Selbst der bekannteste Verfechter einer Mißbrauchsgesetzgebung, R. I s a y , hat sich in der Zielsetzung mit dem unerbittlichsten Vertreter des Verbotsprinzips, Bundeswirtschaftsminister Professor Dr. E r h a r d , in der Sicherung eines 'funktionierenden Wettbewerbs', oder wie ihn die anglo-amerikanische Literatur bezeichnet 'workable competition', immer einig gewußt¹⁾, nur wollte er dieses Ziel durch Anwendung des Mißbrauchsprinzips mit möglichst geringer Inanspruchnahme der Behörden erreichen. R. I s a y hat sich stets dazu bekannt²⁾, daß die Gesetzgebung die Herstellung der Bedingungen für den freien Wettbewerb anzustreben habe und ein Verbotsgesetz lediglich deswegen bekämpft, weil er die Stärkung der zentrifugalen Kräfte im Kartell vor allem durch eine Erleichterung der Kündbarkeit eines Kartellvertrages, in Verbindung mit einer staatlichen Mißbrauchskontrolle als erheblich geeignetere³⁾ Mittel zur Erreichung dieses Zieles ansieht.

1) Isay, R., Soziale Marktwirtschaft und Kartellgesetzgebung, WuW 1954, 557 ff. (577)

2) Isay, R., a.a.O.
Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar (2.a.), S. 52

3) Isay, R., a.a.O., begeht hierbei meines Erachtens den Fehler, daß er eine dem Gesetzgeber gestellte Aufgabe von großer rechts- und wirtschaftspolitischer Bedeutung durch das geeignetste Mittel lösen will, obwohl es hierbei um eine grundsätzliche Einstellung zum Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen geht. Denn die zweckmäßigsten Mittel zur Lösung eines Problems sind von den jeweils gegebenen Verhältnissen abhängig und müssen auf diese zugeschnitten sein, während die grundsätzliche Haltung von den tatsächlichen Gegebenheiten unabhängig ist und diese von vornherein zu lenken und zu beeinflussen vermag.

Dies hat vor allem in unserer heutigen, so schnellebigen und häufig in ihren Praktiken wechselnden Zeit zu gelten, wo die nationalen Wirtschaftsbereiche über sich hinauswachsen und durch die Verkehrsmittel begünstigt und die politischen Gegebenheiten bedingt zu internationalen, wenn nicht sogar zu interkontinentalen Zusammenschlüssen drängen.

In diesen weltweiten Wirtschaftsräumen wäre bei Vorliegen entsprechender Voraussetzungen auch die Tendenz zur Bildung übernationaler Kartelle vorhanden.

Wer wollte dann wem etwas vorschreiben und wer ließe sich dann in seiner privaten wirtschaftlichen Macht von welcher politischen Instanz etwas sagen oder sogar verbieten? Die Wirtschaft wüchse über die staatliche Gewalt hinaus, und die Verbraucher lebten nur noch als gelenkte und versorgte Konsumenten. Darum konnte aus grundsätzlichen Erwägungen eine Mißbrauchsgesetzgebung nicht in Betracht kommen, weil es hier nicht allein darauf ankam, Mißstände zu beseitigen, sondern der Tatbestand und das Faktum eines gebundenen, starren Preises mit der Grundkonzeption der sozialen Marktwirtschaft unvereinbar ist (Erhard).

Demzufolge handelte es sich bei der Auseinandersetzung in der Tagespresse, im wissenschaftlichen Schrifttum sowie im politischen und Verbandsbereich über die beste Lösung des dem deutschen Gesetzgeber gestellten wirtschaftspolitischen Problems nach dem Verbots- und Mißbrauchsprinzip nicht um einen Unterschied in der Zielsetzung, sondern nur um eine Frage des zweckmäßigsten Mittels.

Es ist aber das Verdienst H e f e r m e h l s ¹⁾ als einem Vertreter der Ansicht vom sozialen Zuordnungsverhältnis von Institutions- und Individualschutz im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, daß er mit aller wünschenswerten Klarheit ausgesprochen hat, durch welche konkret im Gesetz enthaltenen Vorschriften er zur Annahme einer doppelten Zielsetzung gelangt. Soweit durch die Vorschrift des § 1 den Unternehmen verboten wird, untereinander wettbewerbsbeschränkende Abreden zu treffen, das heißt die Wettbewerbsfreiheit auf Grund der Vertragsfreiheit einzuengen oder aufzuheben, dient auch nach H e f e r m e h l das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausschließlich dem öffentlichen Interesse an der Lebendigerhaltung des freien Wettbewerbs²⁾. Dagegen glaubt H e f e r m e h l eine doppelte Zielsetzung annehmen zu müssen, soweit Kartellen, die auf Grund der Ausnahmevorschriften zugelassen sind, wettbewerbsbeschränkendes und diskriminierendes Verhalten gegenüber unbeteiligten Unternehmen verboten wird, da diese Vorschriften zur Beseitigung eines Mißbrauchs nach Inhalt und Zweck in gleichem Maße dem Schutz des einzelnen dienen, gegen dessen wirtschaftliche Betätigungsfreiheit sich die Kartellmaßnahme richte.

H e f e r m e h l macht in diesem Zusammenhang aber selbst darauf aufmerksam, daß das Verbot einer unternehmerischen Kooperation einen Eingriff in die freie wirtschaftliche Betätigung des einzelnen darstelle, um das Wirtschaftssystem der 'freien Konkurrenz' in vielen Marktbereichen zu verwirklichen, womit doch gesagt werden soll, daß eine gegen die unbeschränkte wirtschaftliche Handlungs- und Betätigungsfreiheit gerichtete gesetzliche Regelung nicht neben dem Schutz des Wettbewerbs als Institution

1) Hefermehl, a.a.O., S. 298

2) Hefermehl, a.a.O., S. 298

der sozialen Marktwirtschaft gleichzeitig und gleichrangig den Schutz dieser Freiheiten bezwecken kann.

Die Vertragsfreiheit wird im Gegenteil nur geschützt, um die soziale Marktwirtschaft durch den Schutz ihres unabdingbaren Ordnungsprinzips 'freier Wettbewerb' in ihrer Funktionsfähigkeit zu erhalten, wodurch mittelbar auch die Gewerbefreiheit, die Voraussetzung des Wettbewerbs ist, gewährleistet und so dem einzelnen Marktteilnehmer eine gewisse Freiheitszone für seine Wirtschaftsentscheidungen geschaffen wird¹⁾. Wobei es nicht so sehr um den Schutz der Gewerbefreiheit geht, sondern der einzelne Gewerbetreibende soll durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen dazu angehalten werden, seine Wettbewerbsfreiheit auch auszuüben, denn eine menschenwürdige, freiheitliche Wirtschaftsordnung ist nicht etwas, was bereits existiert, was vielleicht nur entdeckt werden müßte. Sie muß vielmehr systematisch erarbeitet, durchdacht und gepflegt werden. Diese Arbeit muß von höchstem Verantwortungsbewußtsein gegenüber der Gesamtwirtschaft bestimmt sein. Alle, die an diesem Ziel arbeiten, müssen sich der 'Flucht aus der Freiheit' widersetzen²⁾.

Wenn nun aber der Gesetzgeber von dem grundsätzlichen Kooperationsverbot einige begrenzte Ausnahmen vorsieht, so bedeutet dies nicht, daß er sich gegenüber dem grundsätzlichen Kartellierungsverbot plötzlich auf die individuelle Handlungs- und Betätigungsfreiheit der Wettbewerber besonnen habe und diese gegen wettbewerbsbeschränkende und diskriminierende Maßnahmen zugelassener Kartelle um ihrer Wettbewerbsfreiheit willen unmittelbar schützen wolle. Ein solcher Schutz könnte doch nur durch ein Kartellverbot erfolgen.

Vielmehr geht es dem Gesetzgeber auch hierbei grundsätzlich um die Verwirklichung einer marktwirtschaftlichen Ordnung auf der Grundlage der 'freien Konkurrenz'. Mit Rücksicht auf wirtschaftliche Gegebenheiten und wettbewerbliche Notwendigkeiten, die teilweise von der nationalen Wirtschaftspolitik unabhängig sind, erwiesen sich aber gewisse Ausnahmen als erforderlich. Aus dieser gesetzlichen Regelung, wie sie in den Vorschriften der §§ 2 ff., 12 und 13 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen getroffen worden sind, folgt jedoch weder zwingend noch zutreffend die

1) Leo, Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB, WuW 1959, 487

2) Günther, Wettbewerbsfreiheit und Unternehmertum, WuW 1958, 391

Annahme einer doppelten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Sehr aufschlußreiche Anhaltspunkte für die Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ergeben sich aus den Äußerungen des Bundeswirtschaftsministers als des Initiators dieses Gesetzes. In seinem Brief¹⁾ an den Präsidenten des Bundesverbandes der Deutschen Industrie vom 10. Juli 1952 hebt E r h a r d unter anderem hervor, daß 'das Geheimnis der Marktwirtschaft gerade darin bestehe, was ihre Überlegenheit gegenüber jeder Art von Planwirtschaft ausmache, daß sich in ihr sozusagen täglich und stündlich die Anpassungsprozesse vollziehen, die Angebot und Nachfrage, Sozialprodukt und Volkseinkommen sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Beziehung zu richtiger Entsprechung und zum Ausgleich bringen'.

Weiter führt E r h a r d aus:

'Es hat sich immer wieder erwiesen, daß eine freie Unternehmungswirtschaft ein fast unglaubliches Maß an Anpassungsfähigkeit besitzt, und daß es gerade dieses Bewährenmüssen im Markt ist, das den wirtschaftlichen Fortschritt vornehmlich auch dem Verbraucher, d.h. dem Volk in seiner Gesamtheit, zugute kommen läßt. Aus diesem Funktionszusammenhang heraus nennt sich unsere Wirtschaftspolitik auch 'Soziale Marktwirtschaft'.'

Die Aufgabe des Staates erblickt E r h a r d ²⁾ darin, die Grundlagen der wirtschaftlichen Verfassung und der wirtschaftlichen Ordnung zu legen und zu überwachen. Er sieht den Staat insbesondere auch für die sozialen Auswirkungen der Wirtschaftspolitik, für die Sicherung der Konjunktur, für die Stetigkeit des wirtschaftlichen Aufschwungs, für die Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit der nationalen Wirtschaft und die organische Einordnung in die Weltwirtschaft verantwortlich an. Berücksichtigt man diese Darlegungen E r h a r d s und die von

1) Erhard, Zur Kartellfrage, WuW 1952, 733 und 734

2) Isay, R., Soziale Marktwirtschaft und Kartellgesetzgebung, WuW 1954, 557 ff. (577)

Spengler¹⁾ zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für das Jahr 1958 angestellten Betrachtungen, dann kann man nicht umhin, die rein individualrechtliche Betrachtungsweise, wie sie Fikentscher, Lukes und Seydel vertreten, als unvereinbar mit der gesetzgeberischen Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu bezeichnen. Die von Günther²⁾ geäußerten Bedenken, daß 'die eigentliche Zielsetzung des Gesetzes - das wirtschaftliche Gegenstück zur politischen Demokratie zu schaffen - über den Erörterungen seines ökonomischen Wirkungsgrades verkannt und vergessen wird', sind als unbegründet zu umschreiben.

- 1) Spengler, Einige Betrachtungen zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für das Jahr 1958, WuW 1959, 609 ff. (613, 614)

Spengler weist zunächst auf die nach seiner Ansicht noch ganz im Sinne Euckens gefaßte Begründung zum Regierungsentwurf hin, um dann fortzufahren:

'so müssen wir uns jetzt belehren lassen, daß man bei der Vorbereitung des Gesetzes bloß irrtümlich allein von wirtschaftspolitischen Wohlstandserwägungen ausgegangen sei. In Wahrheit stehe die Freiheit des einzelnen höher als das rationelle Handeln, und der Gesetzgeber habe nicht das wirtschaftliche Resultat, sondern die Verwirklichung der Menschenwürde angestrebt.

(vgl. Günther in MA 1959, 271 ff.)

Im Bericht findet diese neue Freiheitstheorie in den Wendungen ihren Niederschlag, daß die Frage nach der Bedeutung des Wettbewerbs nicht nach Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten, sondern nur vom Grundsätzlichen her beantwortet werden könne und daß Wettbewerbsbeschränkungen nicht einmal zwecks Verhütung eines gesamtwirtschaftlichen Schadens geduldet werden können.'

Spengler wendet sich dann gegen die Einführung der dem Gesetz fremden Beurteilungsmaßstäbe der reinen Freiheitstheorie und führt hierzu aus:

'Es wird niemand sagen können, daß diese Begründung aus der Welt des unverfälschten Liberalismus jemals von den über das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen abstimmenen Bundestagsabgeordneten gutgeheißen beziehungsweise ihnen überhaupt mitgeteilt worden sei.

Grundlage der parlamentarischen Diskussion ist vielmehr ausschließlich die rein wirtschaftspolitische Wohlfahrtstheorie der Freiburger Schule gewesen, welche sich die gewiß nicht liberalistische Mehrheit des Bundestages ausweislich der eingearbeiteten Einschränkungen und Ausnahmen nur unter erheblichen Vorbehalten angeschlossen hat.'

- 2) Günther, BB 1957, 721.

Darum kann auch der von B i e d e n k o p f ¹⁾ dargelegten Ansicht, daß 'der Gesetzgeber nicht das wirtschaftliche Resultat, sondern die Verwirklichung der Menschenwürde anstrebe, der Erfolg des Gesetzes allein von einer Besinnung auf seinen freiheitlichen Zweck abhängig sei', und 'das Gesetz seinen Charakter als grundlegende Ordnung der Wirtschaft, also als wirtschaftsverfassungsrechtliche Norm, nur dadurch ausweisen könne, daß es seinen Zweck nicht in der Wohlförderung erschöpfe, sondern einen höheren Wert, nämlich eine Rechtsordnung anstrebe, die der Verwirklichung der Menschenwürde diene', als unzutreffend nicht zugestimmt werden. Wenn B i e d e n k o p f ²⁾ weiter meint, daß 'in der Begründung des Entwurfes durch die Bundesregierung der Gedanke der wirtschaftlichen Freiheit zugunsten wirtschaftspolitischer Ziele stark in den Hintergrund getreten sei', so entspricht diese Feststellung nicht den Tatsachen, denn es sind keine Gründe ersichtlich, warum die für den Entwurf des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und seine Begründung verantwortlichen Stellen bei der Annahme einer doppelten Zielsetzung die Akzente hätten ungleich verteilen sollen. Vielmehr spiegelt die amtliche Begründung die wirkliche Absicht des Gesetzgebers wider, ausschließlich den Wettbewerb als Institution der sozialen Marktwirtschaft gewährleisten zu wollen.

M ü l l e r - H e n n e b e r g ³⁾ macht in diesem Zusammenhang zutreffend darauf aufmerksam, daß entgegen der Ansicht von Biedenkopf ein Gesetz seinen Rahmen als wirtschaftsverfassungsrechtliche Norm auch dann beweise, wenn sich seine Zielsetzung in der Wohlförderung erschöpft und keinen höheren Wert, nämlich eine Ordnung anstrebt, 'die der Verwirklichung der Menschenwürde' dient.

Denn zum Wesen der Verfassungsnorm gehört nicht, daß sie unmittelbar und spezifisch der Verwirklichung sittlicher Werte dienen muß. Auch im Rahmen der politischen Entscheidungen, die zwar grundlegende Ordnungen für einzelne Bereiche des Zusammenlebens

1) Biedenkopf-Callmann-Deringer, Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, S. 27/28

2) Biedenkopf-Callmann-Deringer, a.a.O., S. 23

3) Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar (2.A.) S. 66

schaffen, ohne daß ihnen aber ethische Werte zugrunde liegen¹⁾. Daß gegenüber einer solchen Stellungnahme zu den Ausführungen B i e d e n k o p f s keineswegs der Vorwurf gerechtfertigt wäre, die wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungsweise betone zu sehr die volkswirtschaftliche Opportunität des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und vernachlässige hierdurch das gesellschaftspolitische und ethische Postulat des Gesetzes, beweisen die von B ö h m ²⁾ hierzu dargelegten Überlegungen, die sich durch systematische Genauigkeit auszeichnen und nicht zuletzt aus diesem Grunde für sich einnehmen. B ö h m ³⁾ setzt sich zunächst mit den Gegnern des Kartellgesetzentwurfes der Bundesregierung auseinander, die da behaupten, das Gesetz setze es sich zum Ziele, den vollständigen Wettbewerb zu realisieren, um sodann festzustellen:

'Das wirkliche Ziel ist viel praktischer und lebensnäher:
Ein Antimonopolgesetz will so v i e l Wettbewerb wie
möglich.'

B ö h m erkennt im Wettbewerb, in der beiderseitigen ausreichenden Konkurrenz die idealtypische Marktform der freien Marktwirtschaft, das Instrument, vermittels dessen Staat und Recht mit Erfolg versuchen können, die Machtgleichheit zu verwirklichen, denn 'das Institut des Wettbewerbs ist rechtspolitisch ein Entmachtungsinstrument kat exochen'. Durch den Schutz dieser Institution 'Wettbewerb' wird die Wettbewerbswirtschaft funktionsfähig gehalten und erweist sich in ihrer Entfaltung als 'politische Kulturleistung' ersten Ranges. Sobald nun der Wettbewerb als Entmachtungsinstrument sichergestellt ist, was die Aufgabe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausmachen wird, soll 'der Zustand der Machtgleichheit zwischen koordinierten Gleichberechtigten mit minimalem Markteinfluß und maximaler Freiheit erreicht werden', was dem von Biedenkopf und Günther hervorgehobenen rechtspolitischen und rechtsethischen Postulat entspricht.

Der Unterschied in den Auffassungen B ö h m s einerseits und B i e d e n k o p f s und G ü n t h e r s andererseits besteht hierbei allerdings darin, daß diese das rechtspolitische

1) Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar (2.A.), a.a.O.

2) Böhm, Verstoß ein gesetzliches Kartellverbot gegen das Grundgesetz, WuW 1956, 173 ff.

3) Böhm, Der vollständige Wettbewerb und die Antimonopolgesetzgebung, WuW 1953, 178 ff.

und ethische Postulat durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen unmittelbar verwirklicht und die individuelle Freiheit der Wettbewerber geschützt wissen wollen, während B ö h m betreffend die Konkurrenz rechtspolitisch als das Entmachtungsinstrument erkennt, das durch das Beschränkungsrecht in erster Linie gegen die Vertragsfreiheit der Wettbewerber geschützt werden muß, um so für die individuelle Freiheit jedes einzelnen die notwendigen Voraussetzungen zu schaffen.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen schützt folglich nicht gleichzeitig den Wettbewerb als Institution und die wirtschaftliche Handlungs- und Betätigungsfreiheit als gleichrangige Rechtsschutzobjekte, sondern strebt einzig und allein die Sicherung des Wettbewerbs als Ordnungsprinzip und Entmachtungsinstrument der Marktwirtschaft an. Dieser Schutz bewirkt dann, daß dem einzelnen Marktteilnehmer eine gewisse Freiheitszone für seine Wirtschaftsentscheidungen und der Rahmen für die Entfaltung seiner Persönlichkeit geschaffen werden.

Geht man von dieser einen Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen aus, so muß man folgerichtig die Frage nach dem Schutzgesetzcharakter der Vorschrift des § 1 verneinen, denn das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof stellen bei der Prüfung, ob es sich bei einer Rechtsnorm um ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB handelt, immer auf das Rechtsgut und den vom Gesetzgeber bezweckten Rechtsschutz des betreffenden Gesetzes ab. Die gleiche Systematik liegt auch der hier vorgenommenen Untersuchung zugrunde.

Nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts¹⁾ und des Bundesgerichtshofes²⁾ handelt es sich bei einer Rechtsnorm dann um ein Schutzgesetz, wenn sie mindestens neben dem Schutz der Allgemeinheit gerade den Schutz des Einzelnen oder eines bestimmten Personenkreises bezweckt und der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, gewollt oder doch mitgewollt hat.

1) RG Z 119, 435 ff. (437); 128, 298 ff. (300);
138, 165 ff. (168); 138, 219 ff. (231)

2) BGH Z 12, 146 ff. (148) und MDR 1951, 97

Entscheidend für den Charakter einer Rechtsnorm als Schutzgesetz sind demzufolge nicht die Wirkung und der Nutzen dieser Vorschrift auch für den Einzelnen oder einen Personenkreis, sondern allein Zweck und Inhalt des Gesetzes.

Schutzgesetze sind aber auch solche Vorschriften, die die Gesamtheit derart schützen wollen, daß der Schutz den einzelnen, die zu dieser Vielheit von Personen gehören, unmittelbar zugute kommt, wie zum Beispiel Vorschriften zum Schutze der Verkehrssicherheit.

Bei einer solchen höchststrichterlichen Umschreibung des Begriffes 'Rechtsnorm als Schutzgesetz' verwundert es nicht und trifft sich auch nicht zufällig, daß die Vertreter¹⁾ einer wirtschaftsverfassungsrechtlichen Betrachtungsweise ohne Ausnahme den Schutzgesetzcharakter der Vorschrift des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verneinen, während die übrigen Schrift-

-
- 1) a) Würdinger, Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, WuW 1953, 721 ff.
b) Ballerstedt, Kartellverbot und Einzelvertrag, JZ 1956, 267 ff. (271)
c) Leo, Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB, WuW 1959, 485 ff.
d) Strickrodt, Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbotes, WuW 1957, 75 ff. (81, 88, 89)
e) Benisch im Gemeinschaftskommentar (2.A.), § 35, Anm. 3, S. 866, 867
f) Rasch, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Auflage, § 35, Anm. 2
g) Müller-Gries, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 35, Anm. 4
h) Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 35

steller § 1 GWB teils¹⁾ als Schutzvorschrift ansehen, teils²⁾ eine Mittelmeinung vertreten.

Nachdem das Für und Wider der verschiedenen Betrachtungsweisen erörtert worden ist und das hierbei ermittelte Ergebnis sinngemäß auch als Antwort auf die Frage nach dem Schutzgesetzcharakter der Vorschrift des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen angewandt werden kann, soll hier abschließend folgender Hinweis genügen.

Nach Inhalt und Zweck dient das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen der Ordnung der Wirtschaft durch den Staat. Es ist Sache des Staates, nach Maßgabe seiner jeweiligen wirtschaftspolitischen Konzeption die Wirtschaft zur Erfüllung ihrer überindividuellen, dem Staate selbst zugeordneten Aufgabe, nämlich der bestmöglichen Befriedigung der wirtschaftlichen Bedürfnisse der Allgemeinheit, anzuhalten. Hat sich der Gesetzgeber einmal für die marktwirtschaftliche Ordnung entschieden, würde er pflichtwidrig handeln, wenn er nach dieser zielbestimmenden Grundentscheidung dem möglichst vollständigen Wettbewerb als Instrument zur Erhaltung beziehungsweise Herstellung der als zweckdienlich erkannten marktwirtschaftlichen Funktionszusammenhänge im Wirtschaftsprozeß

- 1) a) Günther, Vorwort in NJW 1957, 1704 und BB 1957, 721
 - b) Meyer-Cording, NJW 1953, 580
 - c) Biedenkopf-Callmann-Deringer, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung und aktuelle Grundsatzzfragen des Kartellrechts, 1957
 - d) Fikentscher, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge mit Dritten, BB 1956, 793, 795
 - e) Flume, Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag, WuW 1956, 457 ff. (467, 469)
 - f) Brugger, Zur Auslegung des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1959, 467 ff. (471)
 - g) Langen, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 3. Auflage, § 35, Anm. III. 2.
-
- 2) a) Baumbach-Hefermehl, Kommentar zum Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Auflage, 1959, S. 1424
 - b) Spengler, Zivilrechtliche Auswirkungen des Kartellgesetzes, WuW 1960, 410 und Über die Tatbestandswidrigkeit, S. 30

kein Wirkungsfeld sichern würde¹⁾. Die Unternehmer stehen ihrerseits im Dienst dieser wirtschaftspolitischen Idee. Das ihnen auferlegte Verbot, dem Wettbewerb seine Schärfe durch Kooperation mit dem Konkurrenten zu nehmen, hat in erster Linie einen Bezug zu der staatlichen Wirtschaftspolitik. Die einzelnen Wirtschaftssubjekte sind auch insoweit, als ihnen durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als Wirkung und Nutzen dieses Gesetzes gewisse wirtschaftliche Freiheitszonen eingeräumt werden, 'Erfüllungsgehilfen'²⁾ des Staates in seiner Eigenschaft als Ordner des Wirtschaftslebens. Demnach hat das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen die Funktion, die auf dem Ordnungsprinzip 'Wettbewerb' beruhende Marktwirtschaft zu prägen.

Soweit die Vorschriften dieses Gesetzes durch den Schutz des Wettbewerbs als Institution nur auf eine Sicherung der gewünschten Wirtschaftsordnung hinzielen, können sie nicht zugleich als Rechtsnormen angesprochen werden, die in erster Linie den Schutz der Individualinteressen der beteiligten Marktteilnehmer bezwecken. Die Konkretisierung einer bestimmten Wirtschaftsordnung aus überindividuellen wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen auf der einen Seite und das wirtschaftliche Interesse des einzelnen andererseits sind ihrem Wesen nach verschiedene rechtliche Schutzgüter. Dem steht nicht entgegen, daß der einzelne aus dem gesetzlichen Schutz des Wettbewerbs als einem wirtschaftspolitischen Prinzip zugleich einen persönlichen Vorteil ziehen mag.

Ein Individualschutz im Sinne des § 35 GWB darf nur insoweit bejaht werden, als die Vorschriften - abweichend von dem weitergehenden Zweck dieses Gesetzes - in erster Linie dem individuellen Interesse an solchen Vorteilen den Rang eines rechtlichen Schutzgutes geben sollen.

Zutreffend bemerkt darum Würdinger³⁾, daß 'in Deutschland die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs auch gleichzeitig die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen, als Reflex der Institution 'Wettbewerb', bewirke und daß es logisch unmöglich wäre, gesamtwirtschaftliche Postulate mit individuellen Unterlassungs-

1) Schmitz, 'Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und seine Konzeption, NJW 1957, 1704

2) Leo, a.a.O., WuW 1959, 485 ff. (491)

3) Würdinger, Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, WuW 1953, 721 ff.

ansprüchen verkoppeln zu wollen¹⁾.

Hierbei macht es keinen Unterschied, ob der von Würdinger vertretenen Ansicht eines grundsätzlichen Gegensatzes in der Intention des amerikanischen Antitrustrechtes und des deutschen Kartellgesetzentwurfes zuzustimmen ist, oder die von Flume²⁾ vorgebrachten Bedenken durchgreifen; denn dies würde nur das Verhältnis zwischen beiden Rechtsgebieten betreffen, aber die gesetzgeberische Zielsetzung des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht berühren. Darum vermögen die von Flume gezogenen Folgerungen in ihrer Argumentation nicht zu überzeugen.

Mittelbar unterstützt sogar Brugger³⁾ die hier herausgearbeitete Auffassung, indem er die Ansicht vertritt, daß 'der persönliche Bereich des Wettbewerbsrechtes - der Schutz der wirtschaftlichen Freiheit - nicht ein Rechtsgrundsatz des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, sondern nur ein Ausfluß des in Art. 2 Abs. 1 GG jedermann garantierten Rechts auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit sei', worin doch die Meinung zum Ausdruck kommt, daß die persönliche Entfaltungsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG garantiert ist und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nur gestalteten Ausfluß gewonnen hat, was aber nicht dazu berechtigt, die persönliche Entfaltungsfreiheit als Schutzgut dieses Gesetzes zu bezeichnen.

Die von Fikentscher, Lukes und Seydel vertretene ausschließlich individualrechtliche Betrachtungsweise des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen setzt sich in Widerspruch zur amtlichen Begründung und begegnet aus diesem Grunde schon berechtigten Zweifeln. Sie ist abzulehnen.

Der Gesetzgeber beabsichtigte bei der Verabschiedung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, den Wettbewerb und die durch ihn bedingte Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung durch staatliche Ordnungsmaßnahmen im weitesten Umfange zu erhalten⁴⁾ und nicht, wie dies von Fikentscher⁵⁾ behauptet wird,

1) Rasch, WuW 1953, 387 ff. und Spengler, WuW 1953, 5 ff.

2) Flume, Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag, WuW 1956, 457 ff. (467)

3) Brugger, a.a.O., WuW 1959, 471

4) Gemeinschaftskommentar, Amtliche Begründung, A. III., S. 1058

5) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 227, 230, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge mit Dritten, BB 1956, 793

die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit in Gestalt der Mitbewerberfreiheit zu gewährleisten, damit die Mitbewerber durch Kundschaft möglichst viel verdienen können.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen verbietet den Mitbewerbern auf der einen Seite des Marktes Abreden zur Beschränkung des Wettbewerbs auch nicht aus dem Grunde, um dadurch den umworbenen Kunden auf der anderen Marktseite zu begünstigen, sondern will allein aus volkswirtschaftlichem Interesse an der Erhaltung der als ökonomischste Form der Wirtschaftsordnung erkannten Wettbewerbswirtschaft sichergestellt wissen, daß die Funktion des Angebotes und der Nachfrage und damit der Marktpreis als Steuerungsfaktor des Wirtschaftsablaufes keine Erstarrung erfährt.

So ergibt sich, daß das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in seiner Zielsetzung den Schutz des Wettbewerbs als Institution der sozialen Marktwirtschaft verfolgt und durch diesen Institutionsschutz in Gegensatz zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb tritt, dessen Aufgabe und Zweck es ist, dem einzelnen Wettbewerber Schutz vor wettbewerbswidrigen Handlungen seiner Mitbewerber zu gewähren und demzufolge seine Zielsetzung durch einen Individualschutz erfüllt.

Diese grundsätzliche Verschiedenartigkeit der Zielsetzungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb wirkt sich, wie es sich noch zeigen wird, unausbleiblich auch auf die Wettbewerbsbegriffe beider Gesetze aus. Diese unterschiedliche Betrachtungsweise der gesetzgeberischen Zielsetzung läßt rein tatbestandsmäßig schon erkennen, daß § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb eine in Ausführung begriffen oder bereits abgeschlossene Handlung zum Zwecke des Wettbewerbs voraussetzt, mit anderen Worten ein Wettbewerber muß sich wettbewerbsmäßig betätigen oder betätigt haben, während § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf Verträge und Beschlüsse abstellt, die geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen. Hier braucht folglich der zu beurteilende Sachverhalt keine unmittelbare wettbewerbsmäßige Tätigkeit zu beinhalten. Vielmehr wird eine in Vertrags- oder Beschlußform gefaßte unternehmerische Abmachung daraufhin untersucht, ob sie sich in der gesetzlich umschriebenen Art und Weise wettbewerbsbeschränkend auswirkt, wobei aber nicht eine individuelle Wettbe-

werbshandlung, sondern der Wettbewerb als Institution den Bemessungsmaßstab abgibt.

2. Rechtspolitische Zweckerfüllung eines Gesetzes

a) Ordnungspolitische Zweckerfüllung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb - 'Qualitativer Wettbewerbsschutz'

Der Individualschutz, der Schutz der persönlichen legalen Ertragschance eines jeden einzelnen Wettbewerbers wurde als Aufgabe und Ziel des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb erkannt. Das Gesetz gewährt diesen Schutz gegen solche Schädigungen der individuellen Erfolgchance im Wettbewerbskampf, die dem einzelnen Wettbewerber durch Verletzung der Kampfesregeln zugefügt werden¹⁾.

Dem Schutzanspruch des Wettbewerbers kann demzufolge durch Gewährung eines Unterlassungs- und Schadensersatzanspruchs nur dann entsprochen werden, wenn im geschäftlichen Verkehr die legale Ertragschance des Wettbewerbers durch Wettbewerbshandlungen eines Mitbewerbers beeinträchtigt wird, die gegen die guten Sitten verstoßen. Die Frage nach der Lauterkeit oder Sittenwidrigkeit einer Wettbewerbshandlung gewinnt dadurch eine entscheidende Bedeutung²⁾. Die mit der Beurteilung wettbewerbsrechtlicher Sachverhalte befaßten Gerichte sehen sich immer wieder vor die Frage gestellt, ob die als wettbewerbswidrig bezeichnete Wettbewerbshandlung diese Charakterisierung zu Recht trägt, oder ob es sich nicht um eine Kampfesmethode handelt, die sich im Rahmen der Lauterkeit bewegt.

So wird erreicht, daß einmal feste Grundsätze für die Lauterkeit einer Wettbewerbshandlung herausgearbeitet werden, und zum anderen ist es den Gerichten hierdurch immer möglich, mit der Entwicklung des Wirtschaftslebens Schritt zu halten und neue Methoden des Wettbewerbskampfes zu werten und nötigenfalls zu berücksichtigen.

Welche Rolle hierbei das sittliche Empfinden der verständig und gerecht denkenden Durchschnittsgewerbetreibenden und der Allgemein-

1) Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933, XI. Das geschützte Rechtsgut, S. 288

2) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, VII. Das Unwerturteil über den unlauteren Wettbewerb: Gegenstand und Grundlage.

heit spielt, wurde bereits an anderer Stelle dargestellt. Da diese Anschauung nicht von vornherein für immer fest liegt, sondern sich mit der Zeit ändert und Wandlungen unterliegt, ist gewährleistet, daß der Wettbewerbskampf nicht durch einen Katalog feststehender Verstöße gegen die guten Sitten im geschäftlichen Verkehr erstarrt. Aber immer bleibt der Schutz, den das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in Erfüllung seiner Aufgabe und seines gesetzgeberischen Zieles jedem einzelnen Wettbewerber gewähren will, davon abhängig, ob die angegriffene Wettbewerbsmethode als wettbewerbswidrig beurteilt und verboten wird.

So erfüllen Aufgabe und Ziel des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb gleichzeitig auch den Zweck, die guten Sitten im Wettbewerbskampf, die Lauterkeit im geschäftlichen Wettbewerb¹⁾ zu gewährleisten, wobei es falsch wäre, in dieser Zweckerfüllung zugleich den Schutzgegenstand des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb erkennen zu wollen, wie dies von H e f e r m e h l²⁾ vertreten wird. Denn der Gesetzgeber macht wohl den Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch des § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Wettbewerbshandlung abhängig und erhebt damit die guten Sitten im geschäftlichen Verkehr zum Bewertungs- und Zuerkennungsmaßstab. Er gewährt dem geschädigten Wettbewerber nach Aufgabe und Ziel des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb aber nicht wegen eines Verstoßes des in Anspruch genommenen Mitbewerbers gegen die Lauterkeit im geschäftlichen Wettbewerb, sondern wegen der Vereitelung der legalen Ertragschance durch Verletzung der Kampfregeln einen Anspruch.

Nur durch das gesetzestechnische Abhängigkeitsverhältnis zwischen der individuellen Schutzgewährung und dem Vorliegen einer unlauteren Wettbewerbshandlung läßt sich überhaupt die Möglichkeit erklären, die Lauterkeit des geschäftlichen Wettbewerbs als Schutzgegenstand des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb zu erkennen.

Hier gilt es aber genau zwischen der Aufgabe und dem Ziel des Gesetzes einerseits und dem zweckerfüllenden Mittel andererseits

1) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., Einleitung, 2. Kapitel, III. 5. Anm. 40, S. 105

2) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., Einleitung, 2. Kapitel, III. 5. Anm. 40, S. 105

zu unterscheiden. Dies ist so zu verstehen, daß in erster Linie der Individualschutz in Form eines Unterlassungs- und Schadensersatzanspruches das Mittel darstellt, um den Zweck des Gesetzes zu erfüllen.

Darüber hinaus werden die guten Sitten zum zusätzlichen zweckerfüllenden Mittel und dadurch selbst in den Schutzbereich des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb einbezogen, da der Schutz der legalen Ertragschance ohne die Heranziehung der guten Sitten als Bewertungs- und Zuerkennungsmaßstab überhaupt nicht vorstellbar und die Zuerkennung eines Unterlassungs- und Schadensersatzanspruches von einem Verstoß gegen die guten Sitten abhängig ist. Der Schutz der legalen Chance eines jeden Wettbewerbers, im Wettbewerbskampf den erzielbaren Erfolg zu erreichen, schließt - gesetzestechnisch bedingt - die Reinerhaltung des geschäftlichen Wettbewerbs zwangsläufig mit ein.

In diesem Sinne kann davon gesprochen werden, daß das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb den wirtschaftlichen Wettbewerb ordnet und darin einen ordnungspolitischen Zweck erfüllt. So verstanden, bewirkt das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb einen 'qualitativen Wettbewerbsschutz'.

H e f e r m e h l liefert selbst nicht nur ein Beispiel, das ihn widerlegt, sondern das Verhältnis zwischen Wettbewerbsrecht und Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen treffend wiedergibt und die hier dargelegten Auffassungen über die Schutzgüter des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen geradezu bestätigt. Er zieht nämlich aus dem Zusammenspiel von Individualschutz und Lauterkeitsschutz den Schluß, daß Schutzgegenstand des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb die Lauterkeit des geschäftlichen Wettbewerbs sei, und weist zur Bekräftigung seiner Ansicht auf die Ordnung des Eigentums in der Weise hin¹⁾, daß zwischen den Vorschriften zu unterscheiden sei, die das Eigentum als Institution und den Eigentümer gegen Eingriffe Dritter schützen sollen.

1) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., 3. Kapitel, IV. 1. Anm. 79, S. 45

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen schützt den Wettbewerb als Institution und das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb den Wettbewerber gegen Eingriffe seiner Mitbewerber in seine legalen Ertragschancen.

Hierbei gewähren die den Eigentümer gegen Eingriffe Dritter schützenden Vorschriften, wie etwa § 823 Abs. 1 BGB, nur insoweit einen Schutz, als es sich um einen rechtswidrigen Eingriff handelt, genauso wie das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nur bei wettbewerbswidrigen Eingriffen der Mitbewerber den um seine legale Ertragschance gebrachten Wettbewerber schützt.

Bei dieser offensichtlichen Parallelität entbehrt es einer konsequenten Haltung, wenn *H e f e r m e h l* von der Lauterkeit des Wettbewerbs als dem Schutzgegenstand spricht und nicht auch die 'Rechtmäßigkeit' oder die 'Rechtsordnung' zum Schutzgegenstand des Eigentumsrechts erklärt.

Es liegt auf der Hand, daß von einem Schutz der Rechtmäßigkeit als einem ausschließlichen Schutzgegenstand eines Gesetzes nicht gesprochen werden kann, da jedes Gesetz seine Zweckerfüllung unter anderem in der Sicherung und Gewährleistung der Rechtsordnung findet.

Aus demselben Grunde kann auch nicht die Lauterkeit des Wettbewerbs als der alleinige Schutzgegenstand des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb bezeichnet werden, da die Lauterkeit mit zwingender Notwendigkeit durch den gesetzgeberisch bezweckten und eingeräumten Individualschutz gewährleistet ist.

b) Wirtschaftspolitische Zweckerfüllung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen -
'Quantitativer Wettbewerbsschutz'

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen hat die Aufgabe, den Wettbewerb als Institution der bestehenden 'Sozialen Marktwirtschaft' zu schützen. Der Gesetzgeber verfolgt hierbei das wirtschaftspolitische Ziel, den Bestand des freien Wettbewerbs zu sichern.

Da die Maßnahmen des unlauteren Wettbewerbs außerhalb des Bereiches liegen, in dem sich der durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen geschützte freie Wettbewerb abspielt und Verein-

barungen oder Beschlüsse, die lediglich den unlauteren Wettbewerb unterbinden wollen, durch das Verbot des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht erfaßt werden¹⁾, ist der Institutionsschutz des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Gegensatz zum Individualschutz des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb von einem Bewertungsmaßstab etwa in der Form der guten Sitten²⁾ unabhängig.

Der wirtschaftspolitische Zweck des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen erfüllt sich unmittelbar durch den 'Quantitativen Wettbewerbsschutz'. Schutzgegenstand des Gesetzes und wirtschaftspolitische Zweckerfüllung fallen sozusagen zusammen.

Hier drängt sich die Frage auf, wie sich diese Auffassung mit der durch § 28 GWB geschaffenen Möglichkeit³⁾ vereinbart, Wettbewerbsregeln aufstellen zu dürfen. Wird der Begriff der Lauterkeit nicht dadurch zum Bewertungsmaßstab auch innerhalb des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, daß Wettbewerbsregeln zu dem Zwecke beschlossen werden können, einem den Grundsätzen des lautereren Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken und ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen, § 28 Abs. 1 und 2 GWB, und die Kartellbehörde einen Antrag auf Eintragung einer Wettbewerbsregel nach den Voraussetzungen des § 31 GWB ablehnen kann?

Zunächst ist zu berücksichtigen, daß Maßnahmen des anerkannt unlauteren Wettbewerbs unbedenklich in Wettbewerbsregeln verboten werden dürfen. Darüber hinaus brauchen Wettbewerbsregeln, die der Förderung der Lauterkeit innerhalb des geschäftlichen Wettbewerbs dienen, auch nicht zwingend vorgeschrieben der Kartellbehörde zur Eintragung in das Register für Wettbewerbsregeln angemeldet zu werden, so daß die Kartellbehörde mit Wettbewerbsregeln nur

1) Gemeinschaftskommentar, Amtliche Begründung, S. 1074

2) Zu der Frage, in welchem Verhältnis der Begriff des Leistungswettbewerbs zu dem des lautereren bzw. unlauteren Wettbewerbs steht,

a) Benisch, Zur Problematik eines gesetzlichen Schutzes des Leistungswettbewerbs, WuW 1955, 421
b) Völp, Wettbewerbsregeln und GWB, WRP 1957, 351

3) Über die Entstehungsgeschichte der Wettbewerbsregeln im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

a) Franzen im Gemeinschaftskommentar (2.A.) Vorbemerkungen zu §§ 28 - 33, S. 805 ff.
b) Völp, a.a.O.

befaßt wird, wenn solche zur Eintragung in das Register angemeldet werden. Zudem kann die Kartellbehörde einen Antrag auf Eintragung einer Wettbewerbsregel unter anderem nur dann ablehnen, wenn eine derartige Regel oder eine Vereinbarung darüber im Sinne des § 29 GWB Bestimmungen eben dieses Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verletzt, § 31 Abs. 1 und 3 GWB, so daß die Kartellbehörde bei der Prüfung und Entscheidung darüber, ob einem Antrag auf Eintragung einer angemeldeten Wettbewerbsregel entsprochen werden kann, immer die Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, den Schutz des Wettbewerbs als Institution der sozialen Marktwirtschaft, im Auge behalten muß und sie in die wettbewerbswirtschaftliche Wirklichkeit umzusetzen hat. Demzufolge kommt es für die Zulässigkeit einer Wettbewerbsregel nicht so sehr auf ihren Inhalt, sondern vielmehr auf die Wirkung an, die diese in bezug auf den Bestand des Wettbewerbs hat.

Die Ansicht, daß der Gesetzgeber durch die Wettbewerbsregeln gewisse Wettbewerbsbeschränkungen zugelassen habe und es ihm mit dem Fünften Abschnitt des Ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen darauf angekommen sei, sogenannte 'Bagatellkartelle' zuzulassen, hat *F r a n z e n*¹⁾ überzeugend und zutreffend widerlegt.

Er führt unter anderem aus:

'Diese Auslegung ist fragwürdig. § 31 wäre nicht verständlich, da diese Bestimmung zum Ausdruck bringt, daß Wettbewerbsregeln nicht gegen die Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verstoßen dürfen. Denn der Kern des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist sein § 1 in Verbindung mit dem § 38, wonach Beschränkungen des Wettbewerbs verboten sind.

Auch § 29 wäre nicht vernünftig auszulegen. Schon seine Terminologie stände im Widerspruch mit dem sonstigen Wortlaut des Gesetzes. Das Gesetz verwendet überall dort, wo Wettbewerbsbeschränkungen ausnahmsweise zugelassen werden, die Fassung: § 1 gilt nicht für ... (§§ 2, 3, 5 I, 6, 16, 20). Dort, wo der Gesetzgeber der Auffassung ist, daß keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, dieses aber ausdrücklich klarstellen will, verwendet er Formulierungen wie: '... fallen nicht unter § 1' (§ 5 IV.). In diesem Sinne sagt § 29: '... sind nicht Verträge oder Beschlüsse im Sinne des § 1'.

1) Franzen im Gemeinschaftskommentar (2.A.) Vorbemerkungen zu §§ 28 - 33, S. 809, 810
Franzen, Auslegungsfragen im Recht der Wettbewerbsregeln, WuW 1957, 741 ff.

Die Lösung findet F r a n z e n wie folgt:

'Indessen ist es möglich, die sibyllischen Äußerungen des Gesetzgebers in einen systematischen Zusammenhang zu bringen, wenn man sich der Erkenntnis der Interessenjurisprudenz erinnert. Nach dieser Lehre haben die Normen den Charakter von Entscheidungen zwischen zwei oder mehreren schutzwürdigen Interessen. Sie grenzen ab.

Wettbewerbsregeln sind ein klassisches Beispiel für diese Art von Normen. Durch sie wird festgelegt, wieweit das Interesse an der Lauterkeit des Wettbewerbs Geltung verdient, auch wenn es mit dem Interesse an der Wettbewerbsfreiheit in Kollision gerät; wieweit Wettbewerbsfreiheit andererseits aufrechterhalten bleiben muß, obgleich die Lauterkeit des Wettbewerbs gefährdet ist.'

F r a n z e n trifft in diesem Zusammenhang die sehr wichtige Feststellung, daß 'Lauterkeit und Wettbewerbsfreiheit divergierende Interessen seien' und fährt fort:

'Der Gesetzgeber hat sich dahin entschieden, daß bei einem Überwiegen des Lauterkeitsinteresses ein Bereich der Wettbewerbsfreiheit nicht besteht. Er hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß nur in den Fällen, in denen das Interesse an der Lauterkeit zurücktreten muß, Wettbewerbsfreiheit gilt.'

Als Ergebnis hält F r a n z e n sodann fest:

- a) Wettbewerbsregeln sind Abgrenzungen zwischen den divergierenden Interessen an der Lauterkeit des Wettbewerbs einerseits und der Wettbewerbsfreiheit andererseits. Überwiegt das Interesse an der Lauterkeit, so liegt keine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne des § 1 vor.
- b) Der Idee nach stehen die Grenzen fest. Der Gesetzgeber hat daher auch unterstellt, daß in jedem einzelnen Fall nach sorgfältiger Prüfung gesagt werden könne, wo das Lauterkeitsinteresse überwiegt und wo Wettbewerbsfreiheit gilt.

Auch F r a n z e n gelangt somit zu der Auffassung, daß es für die Zulässigkeit einer Wettbewerbsregel nicht darauf ankommt, ob in ihr Maßnahmen des lautereren oder unlauteren Wettbewerbs geregelt werden, also der Begriff der guten Sitten im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als Bewertungsmaßstab keine Bedeutung gewinnt, sondern allein das Interesse an der Wettbewerbsfreiheit, am weitest möglichen Bestand des Wettbewerbs einerseits und das Interesse an der Lauterkeit des Wettbewerbs andererseits ausschlaggebend sind.

In der Gegensätzlichkeit der Rechtskreise des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen bestätigt sich die Verschiedenartigkeit¹⁾ der gesetzgeberischen Zielsetzung beider Gesetze. Während das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb durch den qualitativen Wettbewerbsschutz einen ordnungspolitischen Zweck erfüllt, gewährleistet das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen einen quantitativen Wettbewerbschutz und dient somit einem wirtschaftspolitischen Zweck.

Zweiter Hauptteil

Die Verschiedenartigkeit der gesetzgeberischen Zielsetzung und Aufgabenstellung im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen führt zu weiteren, auf den Wettbewerbsbegriff der beiden Gesetze bezogenen wesensmäßigen Gegensätzen.

Indem diese 'funktionalen'²⁾ Wesensmerkmale der Wettbewerbsbegriffe herausgearbeitet und gegenübergestellt werden, wird ein weiterer Schritt zur Umschreibung des Begriffes 'Wettbewerb' in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vollzogen.

D. 'Wettbewerb' im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

I. Zivilrechtlicher Begriff

Der Rechtsschutz des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb ist privatrechtlich gestaltet³⁾. Das Gesetz gewährt nach § 1 dem Gewerbetreibenden, der durch eine sittenwidrige Wettbewerbsbehandlung eines Mitbewerbers in seiner legalen Ertragschance beeinträchtigt wird, einen Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz, der vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden kann.

1) BGH Z 13, 33 ff. (36)

Gemeinschaftskommentar, Amtliche Begründung, S. 1194
Würdinger, WuW 1953, 721 ff.

2) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2.A.), § 22, Anm. 48
S. 666

3) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., Einleitung, 2. Kapitel IV. 2.,
Anm. 42, S. 107

In diesem Sinne spricht H e l l w i g ¹⁾ von zivilrechtlichen Verhaltensvorschriften im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Dies berechtigt auch, den Wettbewerbsbegriff dieses Gesetzes entsprechend der gesetzgeberischen Funktion als einen 'zivilrechtlichen Begriff' zu erkennen.

II. Strafrechtlicher Begriff

Der Gesetzgeber des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb hat es aber nicht bei diesem privatrechtlichen Rechtsschutz bewenden lassen, sondern ahndet bestimmtes wettbewerbsbliches Verhalten auch mit der Strafgewalt des Staates.

So erklärt es sich, daß im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb neben den zivilrechtlichen auch strafrechtliche Verhaltensvorschriften enthalten sind²⁾.

Allgemein kann festgestellt werden, daß sich diese Strafvorschriften nicht aus dem Grunde gegen unlautere Wettbewerbshandlungen richten, weil durch ein so geartetes wettbewerbsbliches Verhalten der Tatbestand einer Strafvorschrift des Strafgesetzbuches erfüllt wird³⁾. Vielmehr begnügt sich die Rechtsordnung in den Fällen, in denen die legale Ertragschance des Wettbewerbers durch eine unlautere Wettbewerbshandlung eines Mitbewerbers beeinträchtigt wird, die den Rahmen des bloß sittenwidrigen Verhaltens sprengt und den Tatbestand einer strafbaren Handlung ausmacht, nicht nur mit dem Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz, wie dies zum Beispiel § 19 UnlWG vorsieht, sondern empfindet ein solches Verhalten als einen so schwerwiegenden Verstoß gegen die Regeln des lautereren Wettbewerbs, daß dieses Verhalten nur durch eine Strafe und deren Verbüßung oder Zahlung gesühnt werden kann.

Da der Begriff 'zu Zwecken des Wettbewerbs' in den strafrechtlichen Verhaltensvorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb keine andere Bedeutung hat, als sie die zivilrecht-

1) Hellwig, Die Sicherung des Leistungswettbewerbs in der Sicht der gesetzgeberischen Arbeit, WuW 1959, 389 ff. (390)

2) §§ 4, 10, 12, 15 und 17 UnlWG

3) RG St. 58, 429 ff. (430)

lichen Bestimmungen diesem Begriff beimessen¹⁾, kann dieser Wettbewerbsbegriff auch als ein strafrechtlicher Begriff bezeichnet werden. So verwundert es auch nicht weiter, daß die maßgebliche Umschreibung des Wettbewerbsbegriffes in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Tatbestand der Vorschrift des § 12 UnlWG entwickelt und vom Reichsgericht in einer Strafsache gefunden worden ist²⁾.

III. Dynamischer Begriff

Im Geschäftsleben hat kein Gewerbetreibender einen Anspruch auf eine unveränderte Erhaltung des Kundenkreises. Ausgehend von diesem seit langem in der höchstrichterlichen Rechtsprechung³⁾ anerkannten Grundsatz ist es Sinn jeden Wettbewerbs, in den Kundenkreis des Mitbewerbers einzudringen, um ihm durch Güte und Preise der eigenen gewerblichen Leistungen die Kunden abspenstig zu machen.

So gehört begriffsnotwendig zum Wettbewerb des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb ein auf Förderung des eigenen und Beeinträchtigung des fremden Absatzes gerichtetes wettbewerbles Handeln, das zur Erweiterung des eigenen Kundenkreises auf Kosten von Mitbewerbern führen soll. Hierbei handelt es sich um die dem Wettbewerb eigene Dynamik⁴⁾, die es mit sich bringt, daß im heutigen Wirtschaftsleben von einer totalen Konkurrenz um die Kaufkraft des Kunden, die nur einmal vergeben werden kann, auszugehen ist.

In der Erfüllung dieser Aufgabe und mit Blick auf diese Eigenheit kann von einem 'dynamischen Wettbewerbsbegriff' im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb gesprochen werden.

IV. Wirtschaftspolitisch neutraler Begriff

Allein die historische Tatsache, daß das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb schon aus dem Jahre 1909 stammt, sowohl in der

1) RG St. 58, 429 ff. (430)

2) Zur engen Verknüpfung zwischen zivilrechtlichem und strafrechtlichem Begriff vgl. BGH vom 18.7.1961, in Juristische Praxis 1961, Heft 103, S. 12

3) RG Z 134, 342 ff. (350) und 144, 41 ff. (50), BGH Z 19, 392 ff. (395) und 23, 365 ff. (370)

4) Baumbach-Hefermehl (8.A.), Einleitung, 6. Kapitel, VI. 2 A b, Anm. 134, S. 127

Zeit des deutschen Kaiserreiches mit seiner liberalistischen Wirtschaftsordnung, als auch im 'Dritten Reich' mit seiner planwirtschaftlich gelenkten Wirtschaft und heute in der Bundesrepublik Deutschland mit der Wirtschaftsverfassung der sozialen Marktwirtschaft als gesetzliche Grundlage für ein wirksames gerichtliches Vorgehen gegen unlauteren Wettbewerb gedient hat und noch dient, kennzeichnet deutlich, daß es sich beim Wettbewerbsbegriff dieses Gesetzes um einen 'wirtschaftspolitisch neutralen Begriff'¹⁾ handelt.

Dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ist vom Gesetzgeber auch nicht aus wirtschaftspolitischen Überlegungen die Aufgabe zugedacht, den Schutz der Wettbewerbsfreiheit und damit den Bestand des Wettbewerbs²⁾ zu gewährleisten. Denn diesem Gesetz, das allein auf die Formen des Wettbewerbskampfes Bezug nimmt, ist ein Schutz des Wettbewerbs als Institution fremd³⁾. Eine Beseitigung oder Beschränkung des Wettbewerbs etwa dadurch, daß ein Unternehmer seine Mitbewerber in fairer Weise aus dem Felde schlägt und hierdurch eine Monopolstellung erlangt, desgleichen eine Einschränkung oder gar Beseitigung des gegenseitigen Konkurrenzkampfes durch vertragliche Vereinbarungen ist vom Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nicht verpönt, da es ihm auf die volkswirtschaftliche Bedeutung eines solchen Handelns nicht ankommt und diesem Sachverhalt neutral gegenübersteht⁴⁾.

V. Subjektiver Begriff

Geht man von dem äußeren Erscheinungsbild des Wettbewerbs, der Wettbewerbshandlung⁵⁾, aus, so hat man deren objektive und subjektive Voraussetzungen zu unterscheiden.

- 1) a) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., 3. Kapitel, II. 1., Anm. 71, S. 40
b) Hefermehl in Festschrift für Nipperdey, S. 283
- 2) Darum kann dem Bundesgerichtshof der Vorwurf nicht erspart bleiben, daß er in seinem Urteil zum 'SUWA-Fall' (BGH Z 23, 365 ff.) mißverständlich dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb eine Aufgabe zugewiesen hat, die diesem Gesetz vom Gesetzgeber keineswegs zugedacht ist.
- 3) Würdinger, WuW 1953, 721 ff.
- 4) Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar (2.A.)
a) IV. Wettbewerb und Wirtschaftsordnung, S. 62 ff.
b) V. Die Freiheit des Einzelnen und der Wert gesellschaftlicher Institutionen, S. 67 ff.
- 5) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., Einleitung, 6. Kapitel, S. 161 ff.

Denn der Begriff 'zu Zwecken des Wettbewerbs' verlangt einmal objektiv ein Tun, das äußerlich geeignet ist, Wettbewerbszwecken zu dienen, das heißt eine Wettbewerbshandlung, die den Absatz eines Wettbewerbers zu fördern vermag, wodurch notwendig der Absatz seiner Mitbewerber beeinträchtigt wird, und zum anderen subjektiv, daß der Wettbewerber die Handlung in der auf Wettbewerb gerichteten Absicht vornimmt¹⁾.

Im Recht des unlauteren Wettbewerbs wird jede rechtlich erhebliche Wettbewerbshandlung in diesem Bestreben vorgenommen, den eigenen Absatz zu fördern, den fremden Absatz zu beeinträchtigen und den eigenen Kundenkreis auf Kosten der Mitbewerber zu erweitern²⁾, sonst liegt eine nach den Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb beurteilbare Wettbewerbshandlung überhaupt nicht vor³⁾.

Darum beinhaltet der Wettbewerb begriffsnotwendig dieses 'subjektive' Element, so daß in diesem Sinne auch von einem 'subjektiven Begriff' gesprochen werden kann .

E. 'Wettbewerb' im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

I. Wirtschaftsverfassungsrechtlicher Begriff

Ob und inwieweit in der Wirtschaft eines Staates freier Wettbewerb bestehen soll oder besteht, ist eine rechts- und wirtschaftspolitische Grundfrage von größter Tragweite. Sie steht im engsten Zusammenhang mit dem Verhältnis Staat und Wirtschaft, das sich im Laufe der Zeit mehrfach gewandelt hat⁴⁾.

Zweck allen Wirtschaftens ist, wenn man von gewissen Wohlfahrtsaspekten absieht, die Bedarfsdeckung. Sie nach Maß und Methode optimal zu bewirken, ist prinzipiell das Ziel aller möglichen von Menschen erdachten Wirtschaftssysteme⁵⁾. Dem Gesetzgeber ist

1) a) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., Einleitung 6. Kapitel, S. 162 ff.
b) BGH Z 3, 270 ff. (277), BGH GR 1953, 293; 1954, 163;
BGH GR 1955, 463

2) Kummer, a.a.O., S. 33, 34

3) A.A. Reimer, Kommentar zum Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, S. 512
Der von Reimer vertretenen Ansicht kann schon in Rücksicht auf den Gesetzeswortlaut nicht gefolgt werden.

4) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., S. 2 ff.

5) Schmitz, Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und seine Konzeption, NJW 1957, 1704

die Verwirklichung eines bestimmten wirtschaftlichen Ordnungssystems als Ziel vorgegeben¹⁾. So ist die Entscheidung des Staates über Maß und Methode der Bedarfsdeckung als Ausfluß seiner allgemeinen Ordnungsgewalt zunächst rein wirtschaftspolitischer Natur²⁾.

Beispielsweise hat die Bundesregierung, weil sie auf höchste Ergiebigkeit der Wirtschaft Wert legt, in einer solchen wirtschaftspolitischen Entscheidung das Prinzip der sozialen Marktwirtschaft allgemein zum Grundsatz des Wirtschaftssystems erklärt. Diese politische Zielsetzung, nämlich das marktwirtschaftliche Wirtschaftssystem zu sichern und die Bedarfsdeckung nach seinen Regeln zu ermöglichen, schließt eine willkürliche Entscheidung über die Zweckmäßigkeit der Anwendung eines durch das System selbst determinierten Instruments aus, da es gerade die Wirkungen des Wettbewerbs als des bestimmenden Faktors der heutigen Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsverfassung³⁾ sind, die den Gesetzgeber zu seiner Entscheidung bewogen haben⁴⁾. Darum stellt das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen eine der wichtigsten Grundlagen zur Förderung und Erhaltung der Marktwirtschaft dar. Es soll die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt⁵⁾. Das Prinzip der Konkurrenzwirtschaft wird zum obersten Ordnungsgedanken des Gesetzes gemacht, wobei die Erkenntnis zugrunde liegt, daß die Wettbewerbswirtschaft allen anderen Ordnungen überlegen ist⁶⁾.

Der Wettbewerb wird zum wirtschaftsverfassungsrechtlichen Kernbegriff, zum zentralen Motor der sozialen Marktwirtschaft, und ist wegen der durch ihn bedingten Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung⁷⁾, wegen seines optimalen volkswirtschaftlichen Effektes⁸⁾, durch staatliche Ordnungsmaßnahmen im weitesten Umfange zu erhalten⁹⁾.

1) Günther, Vorwort zum Aufsatz von Schmitz, NJW 1957, 1704

2) Schmitz, a.a.O.

3) Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, (2.A.)

a) IV. Wettbewerb und Wirtschaftsordnung, S. 62 ff.

b) V. Die Freiheit des Einzelnen und der Wert gesellschaftlicher Institutionen, S. 67 ff.

4) Schmitz, a.a.O.

5) Gemeinschaftskommentar, Amtliche Begründung, S. 1057

6) Gemeinschaftskommentar, Schriftlicher Bericht, 1161

7) Gemeinschaftskommentar, Amtliche Begründung, S. 1058, Franzen im Gemeinschaftskommentar (2.A.), § 28, Anm. 27, S.831

8) Würdinger, a.a.O., WuW 1953, 721 ff. (726)

9) Gemeinschaftskommentar, Amtliche Begründung, S. 1058

II. Institutioneller Begriff

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, daß das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen wirtschaftspolitisch nicht neutral ist, sondern den Wettbewerb in einer ganz bestimmten wirtschaftspolitischen Absicht schützen und erhalten will.

Niemand ist durch das Gesetz gezwungen, sich wettbewerblich zu betätigen¹⁾. Soweit aber das marktwirtschaftliche Prinzip reicht, soll in Abkehr von der Wettbewerbsfreiheit der liberalen Wirtschaftsverfassung des 19. Jahrhunderts verhindert werden, daß Wettbewerber auf die ihnen lästige Wettbewerbsfreiheit unter Mißbrauch der Vertragsfreiheit verzichten und damit die Wettbewerbsordnung stören oder gar aufheben. Die Wirtschaft wird nicht sich selbst überlassen, sondern der seiner Eigengesetzlichkeit folgende Wirtschaftsablauf mit der Tendenz, sich den Auswirkungen der Wettbewerbsfreiheit zu entziehen²⁾, wird korrigiert. Diese staatliche Korrektur beschränkt sich aber im marktwirtschaftlichen Bereich auf die 'Instituierung des freien Wettbewerbs'³⁾. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen schützt den Wettbewerb als eine Institution der bestehenden sozialen Marktwirtschaft⁴⁾. Dies beruht auf einer wirtschaftspolitischen Zweckmäßigkeitsscheidung des Gesetzgebers und auf der Überzeugung, daß eine durch Angebot und Nachfrage über den Preis gesteuerte Marktwirtschaft einer durch staatliche Planung gelenkten Zentralverwaltungswirtschaft überlegen ist. Ein funktionierender Wettbewerb setzt eine möglichst große Zahl von Marktteilnehmern voraus, damit sie ihre Entscheidung ohne Rücksicht auf eigene horizontale oder vertikale

1) Schmitz, Der Wettbewerbsbegriff im Kartellrecht, NJW 1961, 2089

2) Lenich, Die Wettbewerbsbeschränkung, S. 23

3) a) Baumbach-Hefermehl, a.a.O., 2. Kapitel, S. 17 ff

b) Hellwig, Die Sicherung des Leistungswettbewerbs in der Sicht der gesetzgeberischen Arbeit, WuW 1959, 389 ff. (389)

Hellwig weist mit Recht darauf hin, daß von dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen erwartet wird, daß es auch eine erzieherische Funktion ausübt.

'Zum Wettbewerb zu kommen, ist nicht mit einem Akt des Gesetzgebers oder einer Verwaltungsentscheidung oder mit der Rechtsprechung allein zu schaffen, wenn nicht alle in der Wirtschaft, die es angeht, sich zu dem Grundprinzip des Wettbewerbs als einem unentbehrlichen Ordnungsprinzip bekennen.'

4) Würdinger, a.a.O.

Bindungen und ohne Behinderung durch wettbewerbsbeschränkende Absprachen ihrer Vertragspartner treffen können. Um den Wettbewerb als Institution zu sichern¹⁾, muß der Staat daher den Zugang zum Markt und die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Marktteilnehmer gegen Beschränkungen schützen, die von einzelnen, starken Marktteilnehmern oder von einer Gruppe kooperierender Unternehmen ausgeht.

K o e n i g s²⁾ führt zu dieser wirtschaftspolitischen Zweckmäßigkeitseinschätzung des Gesetzgebers zutreffend aus:

'Diese wirtschaftspolitische Zweckmäßigkeitseinschätzung wird in erster Linie nicht durch das Bundeskartellamt oder die Gerichte, sondern durch den Bundestag getroffen, und es ist durchaus denkbar, daß sich die Ansicht der Mehrheit des Bundestages über die wirtschaftspolitische Zweckmäßigkeit der Marktwirtschaft allgemein oder in bestimmten Wirtschaftszweigen einmal ändert und in entsprechenden Richtlinien für die Politik der Bundesregierung ihren Ausdruck findet. Das Grundgesetz steht einer solchen Änderung der Wirtschaftspolitik nicht entgegen; denn es enthält keine Garantie der Marktwirtschaft (3), sondern gewährt innerhalb gewisser Extreme einen so weiten Rahmen für die Gestaltung der Wirtschaftsordnung, daß es zu Recht als wirtschaftspolitisch neutral bezeichnet wird.'

K o e n i g s erkennt folgerichtig diesen Zusammenhang: Wenn man als Aufgabe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nur die Sicherung des Wettbewerbs als Institution ansieht und im Schutz der individuellen wirtschaftlichen Handlungs- und Betätigungsfreiheit nur eine Reflexwirkung erblickt, so werden Anwendung und Auslegung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen weitgehend von der im Bundestag und in der Bundesregierung herrschenden wirtschaftspolitischen Ansicht darüber beeinflußt, in welchem Umfang und in welchen Wirtschaftsbereichen eine durch den Preis gesteuerte Marktwirtschaft zweckmäßig ist. Zweifels- ohne hängen vom Ergebnis dieser wirtschaftspolitischen Zweckmäßigkeitserwägungen dann auch Umfang und Intensität des Schutzes der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des einzelnen als Reflex-

1) a) BGH Z 13, 33 ff. und OLG Düsseldorf NJW 1953, 1267

b) Brugger, Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 1959, 469

2) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb unter besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln, Koenigs in GRUR 1958, 589 ff.

3) A.A. Nipperdey, WuW 1954, 211 ff.

wirkung des Institutionsschutzes ab.

'Durch das Opportunitätsprinzip des § 81 Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und den Ermessensspielraum der Kartellbehörden bei der Zulassung von Erlaubnis- und Widerspruchskartellen und bei der Mißbrauchsaufsicht könnten wechselnde wirtschaftspolitische Zweckmäßigkeitserwägungen der Bundestagsmehrheit und der Bundesregierung zum Zuge kommen und gegebenenfalls mit Hilfe des Weisungsrechts des Bundesministers für Wirtschaft, § 49 GWB, durchgesetzt werden.'

Dem Versuch K o e n i g s , für Anwendung und Auslegung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen eine größere Unabhängigkeit von den unter Umständen wechselnden wirtschaftspolitischen Zweckmäßigkeitsentscheidungen der Bundestagsmehrheit und der Bundesregierung dadurch zu gewinnen, daß er als weitere Aufgabe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen den Schutz der wirtschaftlichen Handlungs- und Betätigungsfreiheit der einzelnen ansieht und für diese individuellen Rechte wirtschaftspolitische Neutralität¹⁾ fordert, kann als einer Ansicht 'aus der Welt des unverfälschten Liberalismus'²⁾ nicht zugestimmt werden. Denn die Grundlage der parlamentarischen Diskussion über das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist ausschließlich die rein wirtschaftspolitische Wohlfahrtstheorie der 'Freiburger Schule' gewesen, welcher sich die gewiß nicht liberalistische Mehrheit des Bundestages nur unter erheblichen Vorbehalten angeschlossen hat, worauf S p e n g l e r zu Recht hinweist. Darum muß es entgegen der Ansicht von K o e n i g s beim Schutz der individuellen wirtschaftlichen Handlungs- und Betätigungsfreiheit bei einem Sekundärschutz - nämlich dem Mittel, den wirtschaftspolitisch erwünschten Zweck der Sicherung des Wettbewerbs als Institution zu erreichen - sein Bewenden haben. Daneben ist kein Raum für einen eigenständigen Zweck in Gestalt des Vollzugs einer Freiheitsgarantie für den einzelnen mit dem Ziel, die politische Freiheit durch die wirtschaftliche Freiheit zur Stärkung der Grundlagen einer freien Gesellschaft zu ergänzen.

K o e n i g s erkennt zwar zutreffend, daß ein Individualschutz durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nur durch eine wirtschaftspolitische Neutralisierung dieser Rechte erreicht

1) Fikentscher, a.a.O., S. 203

2) Spengler, a.a.O., WuW 1959, 613/614

werden könnte¹⁾, läßt bei seinen Folgerungen aber außer acht, daß es sich bei einer bestimmten Wirtschaftspolitik um den betreffenden, sie tragenden Staatswillen handelt²⁾ und daß das diesen Willen verkörpernde Staatsorgan während der Gültigkeit dieser Wirtschaftspolitik jederzeit die Möglichkeit haben muß, in Erfüllung dieses Staatswillens einzugreifen, um einer Verfälschung der Wirtschaftspolitik vorzubeugen oder sie zu vermeiden³⁾. Auf Grund seiner prinzipiellen, institutionellen Bedeutung für die soziale Marktwirtschaft und damit gleichbedeutend für das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen stellt der Wettbewerb einen institutionellen Begriff dar.

III. Statistischer Begriff - Wettbewerb als Haltung

Woran dem Gesetzgeber durch den Erlass des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gelegen war, drückte der Abgeordnete Dr. H e l l w i g am 24. 3. 1955⁴⁾ dahingehend aus, daß 'die Gesamtheit unserer Wirtschaft einschließlich auch der Vertreter der öffentlichen Hand in dieser Wirtschaft zu dem Wettbewerb als einer Haltung verpflichtet werden soll'. Eine freie Wirtschaft ist nämlich nicht etwas, was von selbst zustande kommt. Eine freie Wirtschaft muß man wollen. Ein solcher politischer, soziologischer, um nicht zu sagen atmosphärischer Rahmen ist notwendig und unerläßlich, wenn das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen sinnvoll sein soll⁵⁾,

1) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 4. Kapitel, IV. Die Entwicklung des Kartellrechts, S. 203

2) Fikentscher, a.a.O., 2. Kapitel, VI. Das Unwerturteil über die Marktbeherrschung, S. 13

3) Indem K o e n i g s den dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als zusätzliche Aufgabe unterstellten Individualschutz wirtschaftspolitisch neutralisiert, bewertet er den Institutionsschutz des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen geringer, obwohl dieses Gesetz gerade das Wirtschaftssystem der sozialen Marktwirtschaft als leistungsfähigste und fortschrittförderndste Wirtschaftsordnung gewährleisten will und der Wettbewerb sein unentbehrlicher Ordnungsfaktor ist.

4) Lenich, a.a.O., S. 589

5) Böhm, Der vollständige Wettbewerb und die Antimonopolgesetzgebung, WuW 1953, 178 ff.

Die den Schutz des Wettbewerbs als Institution der sozialen Marktwirtschaft bezweckenden Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sind nicht auf den Wettbewerb als in der wirtschaftlichen Wirklichkeit ausgeführte Wettbewerbsbehandlung bezogen¹⁾. Ob Wettbewerb tatsächlich ausgeübt wird, ist nur in den Vorschriften der §§ 16 Abs. 1 und 22 Abs. 2 relevant, und zwar nicht als Voraussetzung eines Schutzes gegen seine Beschränkung, sondern umgekehrt, weil an sein Fehlen gewisse Rechtsfolgen geknüpft werden. Alle anderen Bestimmungen verwenden den Begriff 'Wettbewerb' im Sinne der unbeschränkten Freiheit des Zugangs zum Markt und der Entscheidung über Art, Umfang und Intensität der Wettbewerbsbetätigung²⁾. Denn der Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unterscheidet sich von dem des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb gerade dadurch, daß die sich wettbewerblich betätigenden Wettbewerber nicht in Kampfesposition gegenüber zu stehen brauchen. Vielmehr kann auch dann von Wettbewerb im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gesprochen werden, wenn in einem Berufszweig oder einer Branche Wettbewerbslethargie vorübergehend herrscht oder der Kampf mit den Kollegen als unehrig abgelehnt wird³⁾. Entscheidend ist allein schon die bloße Möglichkeit des Wettbewerbs⁴⁾, das Nebeneinander einer großen Anzahl zum gleichen oder wirtschaftlich ähnlichen Ziel hinstrebender Unternehmen, das rein sachlicher Natur und seinem eigentlichen Wesen nach zunächst keineswegs Konflikt ist. Es hat nur die Tendenz, Konflikt zu werden. Es kann aber letztlich sogar zu einer gegenseitigen Interessenförderung führen⁵⁾.

Darum bemerkt Benisch⁶⁾ zutreffend, daß 'die Brauchbarkeit der zahlreichen Versuche⁷⁾, den Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu umschreiben, letzten Endes davon abhängt, wie weit sie der Zielsetzung des Gesetzes,

1) Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar (2.A.), Anm. 19, 20, S. 128/129

2) Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, a.a.O.

3) Benisch a) Einkaufsmacht und Kartellbegriff, WuW 1956, 480 ff (481);
b) Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs, WuW 1960, 842 ff.

4) a) Langen, a.a.O., S. 67
b) Schmitz, NJW 1961, 2089 ff.

5) Benisch, Einkaufsmacht und Kartellbegriff, WuW 1956, 480 ff.

6) Benisch, Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs, I. Nachfragewettbewerb, WuW 1960, 842 ff.

7) Sölter, Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, Düsseldorf 1960, S. 54

dem Funktionieren des Marktmechanismus, gerecht werden.

Definitionen, die im Wettbewerb ein Streben auf Verdrängung anderer Unternehmer durch bessere Leistung sehen, sind zu eng¹⁾.

Würde man eine solche Kampfstellung zum Kriterium des Wettbewerbs machen, würden die zahlreichen Fälle, in denen Unternehmer von einem Kampf um den Anbieter oder den Nachfrager absehen, oder in denen die Marktverhältnisse einen solchen Kampf erübrigen, nicht als Wettbewerb im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen anzusehen sein, folglich auch Absprachen zwischen solchen Unternehmen nicht als Beschränkungen des Wettbewerbs verfolgt werden können.

Im Sinne des Kartellrechts ist entscheidend die Erhaltung des Marktmechanismus, nämlich des freien Kräftespiels von Angebot und Nachfrage, durch das der wirtschaftlich beste Effekt erzielt wird. Der Wettbewerb wird daher nicht durch die Kampfposition mehrerer nach einem gleichen wirtschaftlichen Ziel strebender Unternehmer, sondern durch deren Dispositionsfreiheit im Marktverhalten gekennzeichnet'.

IV. Objektiver Begriff

In engem Zusammenhang mit der Tatsache, daß der Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen einen statischen Begriff darstellt, steht die ergänzende Feststellung, daß es sich hierbei auch um einen objektiven Begriff in dem Sinne handelt, als er zu seiner Zweckerfüllung und der begrifflichen Umschreibung nicht der Ergänzung durch den subjektiven Gedanken an den Erfolg der Wettbewerbshandlung, 'auf Kosten' oder 'an Stelle' der Mitbewerber bedarf.

F. 'Wettbewerb' in der nationalökonomischen Theorie

I. Fehlen eines einheitlichen allgemeinen Wettbewerbsbegriffes

Bei dem Bemühen, den Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im juristischen Sinne in justitierbarer Weise zu umschreiben, stellt sich zwangsläufig die Frage nach der Mög-

1) Sölter, Das Rabattkartell, S. 54 ff.

lichkeit, in der nationalökonomischen Theorie hierfür Anhaltspunkte zu finden. Soweit man die Hoffnung hegt, zumindest bei den Nationalökonomern auf einen einheitlichen, allgemeinen Wettbewerbsbegriff zu stoßen, um sich hier verbindlich unterrichtet zu fühlen, wird man bald durch die hierauf bezogenen Stellungnahmen enttäuscht.

In der Nationalökonomie gibt es keinen allgemein gültigen Wettbewerbsbegriff¹⁾, der Grundlage rechtssicherer Entscheidungen sein könnte²⁾. Dies wirkte sich auch bei der Diskussion zum Regierungsentwurf und zur endgültigen Gesetzesfassung aus und führte zu Meinungsverschiedenheiten über die Bedeutung des gesetzlichen Tatbestandsmerkmals 'Wettbewerb' im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen³⁾.

Wie Frank Knight⁴⁾ ausführt, 'muß der kritische Leser allgemeiner wirtschaftswissenschaftlicher Literatur mit Erstaunen feststellen, daß jeder Versuch fehlt, den Wettbewerb, der doch den Hauptgegenstand der Diskussion bildet, zu definieren', und Lawrence Abbott⁵⁾ fügt hinzu, daß 'selbst dort, wo eine solche Definition versucht werde, gelte sie nicht dem Wettbewerb an sich, sondern irgendeiner seiner besonderen Erscheinungsformen, wie zum Beispiel dem 'reinen' oder 'vollkommenen' oder 'einfachen' Wettbewerb.

Darüber hinaus sind diese Definitionen gewöhnlich nicht so abgefaßt, daß sie uns sagen, was Wettbewerb ist, sondern sie beschreiben nur, unter welchen Bedingungen er bestehen kann oder was seine Folgen sind. Es wird uns gesagt, daß der vollkommene Wettbewerb 'ein Zustand ist, in dem die Nachfrage nach der Produktion eines einzelnen Anbieters vollkommen elastisch ist'⁶⁾,

- 1) Müller-Beilschmidt, Wesentlicher Wettbewerb im Kartellgesetz, MA 1958, 6 ff.
- 2) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2.A.), § 22, Anm. 33, S. 658 und Anm. 48, S. 666
- 3) Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar (2.A.), S. 62 ff.
- 4) Frank H. Knight, Ethics of Competition, S. 49
- 5) Lawrence Abbott, Quality and Competition, aus dem Englischen von Dr. Lochner, 1958, S. 111
- 6) Joan Robinson, What is Perfect Competition?
in Quarterly Journal of Economics, XLIX (November 1934), S. 104

und einfacher Wettbewerb wird definiert als jene Form des Wettbewerbs, bei der 'jeder Verkäufer beim gegebenen Marktpreis soviel produziert wie er kann und sein Angebot nicht einschränkt, um etwa eine Preissteigerung zu verursachen'¹⁾.

Lawrence A b b o t t ²⁾ bemerkt hierzu zutreffend, daß 'für jemanden, der noch keine feste Vorstellung vom Wettbewerb hat, derartige Definitionen außerordentlich unbefriedigend sind'.

II. Marktformen und Wettbewerbsbegriff

Die Nationalökonomie hat in den vergangenen Jahrzehnten verschiedene Systeme entwickelt, um die Erscheinung des wirtschaftlichen Wettbewerbs erfassen und erklären zu können³⁾. Das Ergebnis sind die sogenannten 'Marktformtheorien' oder 'Konkurrenztheorien'. Die Wirtschaftswissenschaften unterscheiden auf diese Weise fünf Angebots- und fünf Nachfrageformen, die sie als Vollmonopol, Teilmonopol, Oligopol, Teiloligopol und Konkurrenz (Wettbewerb) bezeichnen. Von ihnen stellen die ersten vier die monopolistischen Formen des Angebots oder der Nachfrage, die letzte das Idealmodell des Wettbewerbs dar⁴⁾.

Hierbei ist aber stets zu bedenken, daß 'die Marktformenbezeichnungen der einzelnen Theoretiker oft gleichlautend sind, ohne jedoch die gleiche Bedeutung zu haben'⁵⁾, und daß hierdurch bedingt 'ihre Begriffsbestimmungen sich nicht nur in Formulierungen, sondern auch in der Sache, mitunter sogar wesentlich unterscheiden'⁶⁾.

Eine gleiche Begriffsbezeichnung verbürgt demnach keine Gleichheit der Aussage, und verschiedene Begriffsbezeichnungen können dasselbe meinen⁷⁾.

1) A.C. Pigon, The Economics of Welfare, 4. Auflage, S. 213

2) Lawrence Abbott, a.a.O., S. 112

3) Müller-Beilschmidt, a.a.O.

4) a) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2.A.), § 22, Anm. 17, S. 643

b) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 4. Kapitel, Die Entwicklung der Lehrmeinungen, IV. Die Entwicklung des Kartellrechts

c) Borchardt-Fikentscher, a.a.O.,

1. Teil Der Wettbewerbsbegriff, III, S. 6, und VI. S. 17 ff.

5) Müller-Beilschmidt, a.a.O.

6) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2.A.), § 22, Anm. 33, S. 658

7) Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar (2.A.), S. 62 ff., Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2.A.), § 22, Anm. 33, S. 658

Müller - B e i l s c h m i d t ¹⁾ führt hierzu aus:

'Diese Tatsache macht es erforderlich, die Marktformenbegriffe stets aus dem jeweiligen System heraus zu interpretieren.

Die Marktform 'vollkommene Konkurrenz' oder 'vollständige Konkurrenz' läßt sich nicht - obwohl das häufig geschieht - mit dem Wettbewerbsbegriff der Theorie identifizieren

So kann zum Beispiel die vollständige Konkurrenz im Sinne E u c k e n s nicht als Wettbewerbsbegriff Euckens angesehen werden. Es ist lediglich möglich, die Wettbewerbsmerkmale der einzelnen Marktformen anzugeben.

Diese sind dann aber nicht die Begriffsmerkmale für 'Wettbewerb', sondern lediglich solche für die betreffende Marktform, d.h.:

mit dem Begriff 'Oligopol' wird der Wettbewerb in der Marktform Oligopol charakterisiert, mit dem Begriff 'unvollkommene Konkurrenz' der Wettbewerb in der Marktform unvollkommene Konkurrenz.'

III. Umfassender theoretischer Wettbewerbsbegriff

Dieser Zusammenhang berechtigt zu der von Müller - B e i l s c h m i d t ²⁾ getroffenen Feststellung:

'In diesem Sinne könnte man sagen: Die verschiedenen Marktformenbegriffe sind Bestandteile eines umfassenden theoretischen Wettbewerbsbegriffes und ergeben erst in ihrer Gesamtheit einen Eindruck davon, welche Vorstellungen sich die Wirtschaftstheorie über den Wettbewerb macht.'

Müller - B e i l s c h m i d t vertritt daran anschließend die beachtenswerte Ansicht, daß auch der Wettbewerb, wie ihn die Wirtschaftspraxis sieht, sein entsprechendes Gegenstück in diesem umfassenden theoretischen Wettbewerbsbegriff beziehungsweise in dieser oder jener Marktform habe und daß sich bei der hier dargestellten Art der Betrachtung die zwischen Theorie und Praxis konstruierte Begriffsantinomie auflöse. Sie bestehe nur dann, wenn dem tatsächlichen Wettbewerb eine nicht adäquate Marktform gegenübergestellt werde..

1) Müller-Beilschmidt, a.a.O.

2) Müller-Beilschmidt, a.a.O.

Wie sehr diese Überlegungen auch in die Umschreibung des Begriffes 'Wettbewerb' im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen hineinspielen, wird im folgenden Abschnitt sichtbar.

D r i t t e r H a u p t t e i l

G. 'Wettbewerb' und 'Vollkommene Konkurrenz'

Die wirtschaftstheoretisch entwickelte Vorstellung einer 'vollkommenen' oder 'vollständigen Konkurrenz' am Markt, insbesondere die Euckensche Marktformmentheorie sind von maßgeblichem Einfluß auf den Entwurf des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gewesen. Es wurden die für das Modell einer 'Konkurrenzwirtschaft' gültigen Aussagen gleichsam als Maßstab für das praktische Wettbewerbsgeschehen herausgestellt¹⁾. So stützt sich die Kritik an der Konzeption des Gesetzes vor allem auf die Forschungsergebnisse derjenigen Wirtschaftstheoretiker, die das Modell der vollkommenen homogenen Konkurrenz nur als Arbeitshypothese gelten lassen wollen, die die wirtschaftliche Wirklichkeit aber überwiegend oder doch zu wesentlichen Teilen als durch andere Struktur- und Ablaufprinzipien bestimmt ansehen²⁾. Zahl und Gewicht der in dieser Richtung wirkenden nationalökonomischen Autoren machen die Skepsis verständlich, mit der namentlich auch viele juristische Interpreten dem Bekenntnis des Gesetzgebers zur Marktform der vollständigen Konkurrenz als dem wirtschaftspolitischen Leitbild von der Marktwirtschaft³⁾ gegenüberstehen. Wer der Meinung ist, daß die Vorstellungen der herrschenden 'neoliberalen' oder 'Freiburger Schule' der wirtschaftlichen Wirklichkeit widersprechen oder ihr doch nicht voll adäquat sind⁴⁾, wird eben deswegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen für eine gesetzgeberische Fehlentscheidung halten und kaum die innere Gefolgschaft aufbringen, auf die es als eine Wirtschaftsverfassungsrechtliche Norm, die inhaltlich neues Rechtsbewußtsein schaffen will, nur schwer verzichten kann⁵⁾.

1) Brugger, Zur Auslegung des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1959, 475

2) Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar (2.A.), S. 62 ff.

3) Gemeinschaftskommentar, Schriftlicher Bericht, C. II., S. 1165

4) Isay, Die Geschichte der Kartellgesetzgebung, 1955, S. 77

5) Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar (2.A.), S. 62 ff.

I. Begriff der 'vollkommenen Konkurrenz'

Auf den Begriff der 'vollkommenen Konkurrenz' braucht nur insoweit eingegangen zu werden, als die amtliche Begründung des Entwurfes eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen hervorhebt, daß die 'Marktverfassung des freien Wettbewerbs auf Grund sicherer wissenschaftlicher Erkenntnisse das Vorhandensein der Marktform des vollkommenen Wettbewerbs als wirtschaftliche Gegebenheit zur Voraussetzung habe'¹⁾ und dadurch der Eindruck hervorgerufen wird, als wolle der Gesetzgeber durch dieses Gesetz die Marktform der 'vollkommenen Konkurrenz' verwirklichen.

E u c k e n s ²⁾ nationalökonomische Untersuchungen sind von maßgeblichem Einfluß für den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen geworden. Er orientiert seinen Wettbewerbsbegriff an der Frage, ob der einzelne Unternehmer nach seiner subjektiven Vorstellung den Preis als gegeben vom Markt übernimmt und demnach selbst nicht damit rechnet, den Markt beeinflussen zu können.

So schließt E u c k e n s die Möglichkeit der objektiven Beeinflussung der Mitbewerber untereinander nicht aus, sie ist nach E u c k e n s Auffassung sogar die Regel, sondern versteht unter vollkommener Konkurrenz die vorgestellte Einflußlosigkeit der Konkurrenten untereinander³⁾.

Auch nach B ö h m ⁴⁾ liegt vollkommene Konkurrenz dann vor, wenn die Mitbewerber sich im Zustand gegenseitiger Machtlosigkeit befinden. Die Machtlosigkeit der Mitbewerber als Kennzeichen des vollkommenen Wettbewerbs und die Entmachtung der Monopolisten zur Herstellung des vollkommenen Wettbewerbs als rechtspolitisches Ziel des Kartellrechts sind die Grundlagen des Böhmischen Denkens⁵⁾.

1) Gemeinschaftskommentar, Amtliche Begründung, S. 1059

2) Eucken, Grundlagen der Nationalökonomie, 6. Auflage, 1950, S. 95

3) Böhm, Der vollständige Wettbewerb und die Antimonopolgesetzgebung, WuW 1953, 178 ff. (180)

4) Böhm, a.a.O.

5) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 2. Kapitel, II., S. 35

Die amtliche Begründung¹⁾ umschreibt im Anschluß an E u c k e n , B ö h m und C a l l m a n n ²⁾ den Begriff der vollkommenen Konkurrenz wie folgt:

'Die Zahl der Marktteilnehmer auf beiden Marktseiten muß so groß sein, daß der Marktpreis für den Unternehmer eine von seinem Verhalten im wesentlichen unabhängige Größe ist.'

So ist unter 'vollkommener Konkurrenz' die Freiheit von jedem monopolistischen Strukturelement zu verstehen³⁾.

Nach der Verkehrsauffassung wirtschaftender Menschen treiben diese aber gerade dann Wettbewerb, wenn sie die Marktbedingungen nicht mit E u c k e n als ihnen vorgegeben aus dem Markt entnehmen, sondern durch ihre möglichst günstige Gestaltung um die Teilnehmer der anderen Marktseite werben⁴⁾.

Darum griffen die Kritiker⁵⁾ des Entwurfes eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit besonderem Nachdruck diese Antinomie zwischen wirtschaftswissenschaftlicher Marktformentheorie der 'Freiburger Schule' und wirtschaftlicher Wirklichkeit auf, um die Unbrauchbarkeit des Begriffes der 'vollkommenen Konkurrenz' für das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nachzuweisen und zu begründen.

L u t z ⁶⁾ hat darauf verwiesen, daß die 'vollständige Konkurrenz' des Theoretikers im Grunde eine 'Schlafmützenkonkurrenz' sei, verglichen mit der monopolistischen Konkurrenz, in der die Produzenten immer neue Anstrengungen machen müßten, um durch Senkung der Preise oder Qualitätsverbesserungen neue Kunden zu gewinnen respektive dafür zu sorgen, daß die 'Konkurrenz' keinen Vorsprung gewinne. So gehöre die Suche nach monopolistischen Stellungen, die durch Leistungen erreicht werden, geradezu zum Wesen des Wettbewerbs. Diese Stellungen würden dann wieder durch den Wettbewerb bedroht werden.

1) Gemeinschaftskommentar, Amtliche Begründung, S. 1059

2) Callmann, Kartellrecht, 1934, S. 247, Anm. 17

3) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2.A.), § 22, Anm. 33, S. 658

4) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2.A.), § 22, Anm. 34, S. 658;

Borchardt-Fikentscher, a.a.O., S. 3 ff.;

Müller-Beilschmidt, a.a.O.

5) a) Borchardt-Fikentscher, a.a.O.

b) Lutz, F.A., Bemerkungen zum Monopolproblem, ORDO, Band 8. - 1956, 30 ff.

6) Lutz, a.a.O., S. 31

Angesichts der Tatsache, daß den Vertretern der 'Freiburger Schule' vorgeworfen wird, sie wollten überall die vollständige Konkurrenz verwirklichen, ein Vorwurf, der zwar aus manchen Schriften und auch aus der amtlichen Begründung zum Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen Nahrung erhält, sollen hierzu L u t z ¹⁾ und B ö h m ²⁾ zu Wort kommen:

Lutz: 'Die Auffassung also, die nach der Entwicklung der Marktformen- und Wohlfahrtstheorie in manchen Köpfen spukte, nämlich das man versuchen müsse, solche Märkte in den Zustand der vollkommenen Konkurrenz zu überführen, weil sie mit der optimalen Verteilung der produktiven Kräfte unvereinbar seien, ist abzulehnen. Eine solche Überführung ist undurchführbar und nicht einmal wünschenswert!

Böhm: 'Gegen den Kartellgesetzentwurf, den die Bundesregierung vorgelegt hat, wird oft eingewendet, das Gesetz setzte es sich zum Ziele, den vollständigen Wettbewerb zu verwirklichen. Der vollständige Wettbewerb sei jedoch bloß ein theoretisches Denkmodell der Nationalökonomie, aber keine Realität. Ja, es gibt Theoretiker, die sogar behaupten, selbst als Denkmodell sei die Vorstellung vom vollständigen Wettbewerb nicht haltbar. Die meisten Kritiker gehen nicht so weit; für sie ist entscheidend, daß vollständiger Wettbewerb in der geschichtlichen Wirklichkeit nirgends und niemals verwirklicht gewesen sei. Sie behaupten, daß vollständiger Wettbewerb auch in aller Zukunft niemals und nirgends verwirklicht sein werde. Es handle sich also, so wird gesagt, um ein Wunschbild, das Theoretiker entworfen und Politiker aufgegriffen hätten. Und heute reite der Teufel den Gesetzgeber, dieses theoretische Wunschbild von Wissenschaftlern mit Polizeigewalt in die Wirklichkeit zu überführen. Hier solle der Praxis eine Utopie aufgezungen werden.

Diesen Angriffen gegenüber stellt B ö h m richtig, daß 'es nicht das Ziel des Erhardschen Gesetzentwurfes ist und auch vernünftigerweise niemals das Ziel eines Antimonopolgesetzes sein kann, die Marktform der vollständigen Konkurrenz, des vollkommenen Wettbewerbs, so wie sie von der Marktformenlehre definiert ist, zu verwirklichen.

1) Lutz, a.a.O., S. 34

Arndt, Schöpferischer Wettbewerb und klassenlose Gesellschaft, 1952

2) Böhm, a.a.O., WuW 1953, 178 ff.

Auch Bartholomeyczik ¹⁾ weist darauf hin, daß 'die Marktform der 'vollkommenen Konkurrenz' ein Denkmodell von theoretischer Reinheit und damit auch von überwiegend theoretischer Bedeutung ist ²⁾ und als ein theoretisches Marktmodell nicht Schutzobjekt des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sein kann'.

Auf Grund dieser eindeutigen und unmißverständlichen Stellungnahmen ist die von Lutz ³⁾ und Borchardt-Fikentscher ⁴⁾ geübte Kritik an der Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unberechtigt.

II. Marktform 'vollkommene Konkurrenz' als wirtschaftspolitischer Bewertungsmaßstab

Nachdem im Amtlichen Bericht zum Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ⁵⁾ die Marktform der vollkommenen Konkurrenz zu einem Erkenntnismittel zusammengeschumpft, durch das das richtige Marktverhalten ohne Einsatz von Marktmacht in einer bestimmten Marktsituation erkannt werden kann, und auch der Abgeordnete Dr. Hellwig im Schriftlichen Bericht ⁶⁾ ausführt, daß 'die Marktform der vollständigen Konkurrenz dem wirtschaftspolitischen Leitbild von der Marktwirtschaft entspricht und daß in der wirtschaftlichen Wirklichkeit die Markt-

1) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2.A.), § 22, Anm. 34, S. 658, 659

2) Von Nell-Breuning, Kritisches zum Begriff 'Wettbewerbsordnung', WuW 1952, 371 ff. (372).

Sehr vorsichtig ausgedrückt kann man sagen, daß die Wirtschaftswissenschaft zum mindesten nicht einig darin ist, den Marktformen, namentlich der Marktform des vollständigen Wettbewerbs, mehr als den Wert von Denkmodellen zuzuerkennen.

3) Lutz, F.A., Bemerkungen zum Monopolproblem, ORDO - Band 8. - 1956, 30 ff.

4) Borchardt-Fikentscher, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, S. 1 ff.

5) Gemeinschaftskommentar, Amtliche Begründung, S. 1059

6) Gemeinschaftskommentar, Schriftlicher Bericht, S. 1165

form der vollständigen Konkurrenz sehr häufig nicht gegeben oder nicht zu verwirklichen ist', verläßt diese Marktform den Boden der Wirtschaftswirklichkeit und wird zum 'wirtschaftspolitischen Bewertungsmaßstab'¹⁾.

III. Theorie und Wirklichkeit

Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß das vom Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu erstrebende Ziel in einem 'funktionierenden Wettbewerb' besteht, was in der anglo-amerikanischen Literatur 'workable competition' heißt. Das soll nicht besagen, daß alle Voraussetzungen verwirklicht sein müssen, die für das Modell der doppelseitigen vollständigen Konkurrenz von der Theorie gefordert werden, sondern nur, daß 'der Wettbewerb schlecht und recht funktioniert', das heißt so, daß 'im großen und ganzen die Anpassungen eintreten, die man vom Wettbewerb globaliter erwartet'²⁾.

Denn, so schreibt B ö h m :

'Der vollkommene Wettbewerb kann nicht nur auf den meisten Gebieten gar nicht hergestellt werden, sondern er schließt komischerweise sogar die meisten Tätigkeiten aus, die wir in der gewöhnlichen Sprache als Konkurrenz bezeichnen. Es ist eine reine Illusion zu glauben, daß irgendeine Marktaufsicht oder Marktkontrolle es zustande bringen könnte, daß die Marktpreise denen entsprechen, die bestünden, wenn vollkommene Konkurrenz herrschte, oder daß dies auch nur wünschenswert wäre.

Was wir wollen, ist nicht universelle Konkurrenz, sondern universelle Möglichkeit der Konkurrenz.'

Wenn man bedenkt, daß G ü n t h e r³⁾ bereits im Jahre 1951 zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen festgestellt hat, daß sich der Gesetzgeber angesichts der Erkenntnis, daß vollständiger Wettbewerb im Sinne der Theorie in der Praxis nicht oder nur selten vorkommt, und unter Würdigung soziologischer und sozialer Gesichtspunkte über das Maß klar werden müsse, das er anzuwenden hat, um eine funktionierende Wettbewerbsordnung zu schaffen, und daß sich der Entwurf

1) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2.A.), § 22, Anm. 34, S. 659

2) Böhm, Kartelle und Krise, WuW 1954, 367 ff. (376)

3) Günther, Entwurf eines deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1951, 17 ff.

entsprechend den Forderungen der neoliberalistischen Lehre bemühe, nicht ein theoretisches Prinzip in Gesetzesform zu fassen, sondern Kartelle durch die Methoden des vorbeugenden Wettbewerbs zu verhindern und durch eine klare wirtschaftspolitische Grundentscheidung die Wettbewerbstendenzen zu kräftigen, so fragt man sich unwillkürlich, wie es möglich sein konnte, daß die Theorie so gegen die Wirklichkeit ausgespielt wurde¹⁾. Dies überrascht um so mehr, als die Mitglieder des wirtschaftspolitischen Ausschusses in den Ausschußdiskussionen insbesondere immer wieder verspürt haben, daß auch eine Verwirklichung des theoretisch vollständigen Modells, des ökonomischen Modells des vollständigen Wettbewerbs, im Grunde genommen im Rahmen des Grundgesetzes nicht möglich wäre, wenn man sie in der theoretischen Perfektion durchführen wollte²⁾.

Darum kann darüber kein Zweifel bestehen, daß das theoretische Marktmodell der 'vollkommenen Konkurrenz' nicht das Schutzobjekt des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen darstellt. Vielmehr muß es der Wettbewerb sein, wie ihn die Wirtschaft auffaßt. Damit stimmt die Auffassung des Bundesgerichtshofes³⁾ überein, nach der 'das Kartellrecht den Schutz des Wettbewerbs als Institution der bestehenden Marktwirtschaft bezweckt', im Anschluß an die gleiche Formulierung bei Würdinger⁴⁾.

IV. Ziel und Weg - Höchstmaß an Kompetitivität

Die idealtypische Marktform in der freien Marktwirtschaft ist und bleibt die beiderseitige, ausreichende Konkurrenz⁵⁾. Das wirkliche Ziel ist aber viel praktischer und lebensnäher.

Ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen will so viel Wettbewerb wie möglich, ein Höchstmaß von K o m p e t i t i v i -

1) a) Ottel, Wettbewerb als sozialistische Wirtschaftspolitik, WuW 1953, 65 ff.

b) Fikentscher, a.a.O., und Borchardt-Fikentscher

2) Hellwig, a.a.O., WuW 1959, 389 ff. (395)

3) BGH Z 13, 33 ff. (37)

4) Würdinger, Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, 1953, Karlsruher Hefte Nr. 3, S. 16

5) Böhm, Verstößt ein gesetzliches Kartellverbot gegen das Grundgesetz, WuW 1956, 173 ff. (174)

t ä t sicherstellen¹⁾, womit der reine oder vollkommene Wettbewerb als wirtschafts- oder rechtspolitisches Ziel aus der Betrachtung ausscheidet²⁾.

V i e r t e r H a u p t t e i l

I. Begriff 'Wettbewerb' des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen - Versuch einer Definition

1. Ausgangspunkt

In dem Bestreben, für den Versuch einer Umschreibung des Begriffes 'Wettbewerb' im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen die notwendigerweise einzunehmende³⁾ Ausgangsposition zu beziehen, sind Sinn und Zweck dieses Gesetzes herausgearbeitet worden.

Im Gegensatz zur individualrechtlich bestimmten Aufgabe des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb soll nach dem Willen des Gesetzgebers durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen der Wettbewerb als Institution der bestehenden sozialen Marktwirtschaft vor Beschränkungen gesichert werden.

Während eine solche Betrachtungsweise der verschiedenartigen Aufgabenstellung beider Gesetze auf der einen Seite im Recht des unlauteren Wettbewerbs nicht dazu führt, die Belange der Allgemeinheit unberücksichtigt zu lassen, hat sie andererseits nicht zur Folge, daß der einzelne Marktteilnehmer im Bereich des Rechtes der Wettbewerbsbeschränkungen um den Schutz seiner wirtschaftlichen

1) a) Böhm, Der vollständige Wettbewerb und die Antimonopolgesetzgebung, WuW 1953, 178 ff.

b) Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar (2.A.), S. 62 ff.

c) Günther, Wettbewerbsfreiheit und Unternehmertum, WuW 1958, 379 ff. (387)

d) Benkendorff, Inhalt und Eintragung von Wettbewerbsregeln, WuW 1958, 416 ff. (418)

2) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 2. Kapitel: Begriffe und Wertungen, II. Der Begriff des Wettbewerbs, S. 42

3) a) Benisch, Einkaufsmacht und Kartellbegriff, WuW 1956, 480 ff. (492, 493)

b) Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, S. 70 ff.

c) BGH Z 2, 184

Handlungs- und Betätigungsfreiheit zu bannen brauchte; denn für das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen gilt allgemein, daß 'die im öffentlichen (allgemeinen) Interesse erlassenen Vorschriften gegen eine mißbräuchliche Beschränkung des Wettbewerbs in der Regel auch dem privatrechtlichen Schutz eines verletzten einzelnen Unternehmens oder einzelner Unternehmen dienen werden'¹⁾, und 'in Deutschland bewirkt die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs eben auch die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen. Diese Freiheit ist die Konsequenz, der Reflex des Wettbewerbs als Institution'²⁾. Darum besteht nach K a s k e l l ³⁾ die Aufgabe des Bundeskartellamtes vor allem darin, 'die Interessen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls zu wahren und die Erhaltung des Wettbewerbs zu sichern'.

1) BGH vom 25.2.1959 in WRP 1959, 154

2) a) Würdinger, Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, WuW 1953, 721 ff.

b) Benisch im Gemeinschaftskommentar (2.A.), § 35, Anm. 5, S. 867/868

Benisch weist zutreffend darauf hin, daß § 1 mit Sicherheit nicht die an einem Kartellvertrag beteiligten vor einer freiwilligen Einschränkung ihrer eigenen Handlungsfreiheit schützen und gewissermaßen eine Vormundschaft über freiheitsmüde Unternehmer verhängen will. Unter diesem Aspekt erscheint die Theorie vom individuellen Schutzzweck fragwürdig.

c) Erhard, in WuW 1952, 733 ff. (735 lk.Sp.)

Professor Dr. Erhard führt in seinem Brief an den Präsidenten des Bundesverbandes der deutschen Industrie vom 10. Juli 1952 aus, daß

'die Kartellfreunde den großen Fehler begehen, die Wirkungen von Kartellmaßnahmen immer nur an den privatwirtschaftlichen Folgen der beteiligten Unternehmungen zu messen, aber jeder volkswirtschaftlichen Betrachtung geflissentlich auszuweichen',

wodurch auf Grund dieser Argumentation doch die gesamtwirtschaftliche Konzeption des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen besonders erhellt und der Gedanke eines damit angeblich unmittelbar verbundenen Individualschutzes mehr als zweifelhaft erscheint.

3) Kaskell im Gemeinschaftskommentar, S. 99 ff.

2. Bekannte Definitionsversuche

Seit Erlaß des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen fehlt es im einschlägigen Schrifttum nicht an zahlreichen Versuchen, den Wettbewerbsbegriff dieses Gesetzes zu bestimmen.

Diese bekannten Definitionsversuche sollen dargestellt und einander gegenübergestellt werden, um sie dem Bemühen dieser Arbeit nutzbar zu machen.

Von einem herrschenden Wettbewerbsbegriff zu sprechen, wie dies F i k e n t s c h e r ¹⁾ tat, ist trotz der zahlreichen Definitionsversuche in der wissenschaftlichen Diskussion verfrüht²⁾.

a) Regierungsentwurf, Drucksache Nr. 3462 Teil C. zu § 1, S. 25

'Wettbewerb ist das Streben, durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmen, den Verbraucher zum Abschluß eines Vertrages zu veranlassen.'

b) Aus dem Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses des Bundestages (Kurlbaum) zu § 1 GWB - Gemeinschaftskommentar, S. 1174, 1175

'... unter wirtschaftlichem Wettbewerb ist jede Art wirtschaftlicher Handlung zu verstehen, die darauf gerichtet ist, sich im Wirtschaftskampf auf Kosten eines Wettbewerbers einen Vorteil zu verschaffen.'

c) Borchardt-Fikentscher, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957, S. 15 und Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, Köln, 1958, S. 36

'Wettbewerb im Sinne des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen ist das selbständige Streben, sich objektiv gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindungen mit Dritten (Kunden) durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen.'

1) Fikentscher, Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung, WuW 1960, 680 ff. (684)

2) Benisch, Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs, WuW 1960, 842 ff. I.

- d) Günther, Einkaufsvereinigungen und Kartellgesetzentwurf,
MA 1957, 35 ff.

'Als wirtschaftlicher Wettbewerb ist das Bestreben eines Marktteilnehmers zu bezeichnen, anstelle eines anderen gleichgerichteten Mitbewerbers ein Kauf-Tauschgeschäft oder einen Miet-, Pacht- oder auf gewerbliche Leistungen gerichteten Vertrag mit anderen Marktpartnern abzuschließen.'

- e) Brugger, Zur Auslegung des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1959, 467 ff. (477)

'Wettbewerb ist der Inbegriff des Strebens sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Mitbewerber nach Geschäftsverbindungen mit Dritten, wobei das Streben auf die Bereitstellung möglichst günstiger Geschäftsbedingungen ausgerichtet ist.'

- f) Westermann, Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetz,
Karlsruhe 1956, S. 12

'Unter Wettbewerb im Sinne des Kartellgesetzentwurfes ist das Streben eines Wirtschaftssubjektes zu verstehen, anstelle gleichgerichteter Unternehmen zum Vertragsschluß mit den möglichen Partnern zu kommen.'

- g) Benisch, Einkaufsmacht und Kartellbegriff, WuW 1956, 480 ff.
(483) und
Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs,
WuW 1960, 842 ff. (844)

Unter wirtschaftlichem Wettbewerb ist zu verstehen:

- aa) In der Form des Angebotswettbewerbs

'Das selbständige Streben im Wirtschaftserfolg sich beeinflussender Anbieter nach Geschäftsverbindungen mit Nachfragern',
und

- bb) In der Form des Nachfragewettbewerbs

'Das selbständige Streben im Wirtschaftserfolg sich beeinflussender Nachfrager nach Geschäftsverbindungen mit Anbietern,'

wobei nach Benisch der Wettbewerb durch 'das Nebeneinander einer großen Anzahl zum gleichen oder wirtschaftlich ähnlichen Ziel hinstrebender Marktteilnehmer gekennzeichnet ist.'

- h) Sölter, Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, Düsseldorf 1960, S. 57 und
Die Mittelstandsempfehlungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1959, 687 ff. (706, 707)

'Der wirtschaftliche Wettbewerb nach § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist im Sinne von 'Wettbewerbsfreiheit' zu verstehen, und zwar als Freiheit des Anbieters oder Nachfragers, seine Marktbedingungen selbständig gestalten zu können.'

- i) Meyer-Cording, Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsproblem, Tübingen 1954, S. 33, 34

'Der Begriff 'Wettbewerb' als zentraler Tatbestand der Wirtschaftsordnung der Marktwirtschaft bedeutet das Bestreben, den eigenen Kundenkreis auf Kosten des Kundenkreises eines anderen zu erhalten und nach Möglichkeit zu vermehren.'

- j) Ewald, WuW 1956, 253 ff. (256)

Ewald stimmt mit der Definition von Meyer-Cording überein.

- k) Behrens, Der Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1958, 481 ff.

'Wettbewerb ist ein wirtschaftlicher Spannungszustand, welcher zwischen mehreren möglichen Teilnehmern am Wirtschaftsgehen existent ist.'

- l) Schmitz, Der Wettbewerbsbegriff im Kartellrecht, NJW 1961, 2089 ff. (2093)

'Unter Wettbewerb sind alle einzel- und gesamtwirtschaftlich rationalen Handlungen (und Verhaltensweisen) zu verstehen, mit denen Anbieter und Nachfrager von Waren oder gewerblichen Leistungen sich unabhängig voneinander am wirtschaftlichen Prozeß beteiligen.'

wobei Schmitz betont, daß 'das Ziel seiner angestellten Überlegungen nicht darin bestehen sollte und konnte, eine juristische, justitiable Definition des unbestimmten Rechtsbegriffes 'Wettbewerb' zu geben, sondern lediglich das Wettbewerbsphänomen wirtschaftlich zu erfassen.

Wegen dieser vom Verfasser selbst angegebenen Begrenzung erübrigt sich an dieser Stelle ein näheres Eingehen auf diesen Versuch einer mehr wirtschaftswissenschaftlichen Wettbewerbsdefinition.

3. Kritische Auseinandersetzung

a) Der Leistungswettbewerb

In der Stellungnahme zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrates zum Entwurf eines Kartellgesetzes bezeichnet die Bundesregierung das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausdrücklich als Gesetz, das den Leistungswettbewerb aufrechterhält und fördert. Möhring¹⁾ nennt als Zielsetzung des Kartellrechtes darum auch die Freiheitsgarantie des Leistungswettbewerbs, wobei er es als selbstverständlich bezeichnet, daß nur der lautere Wettbewerb geschützt werden soll; denn dem Gesetzgeber ist an einem Schutz eines hemmungslosen, unlauteren Leistungswettbewerbs nicht gelegen.

Auf Grund der Darlegungen anderer Autoren²⁾ kann man davon ausgehen, daß Einmütigkeit darüber herrscht, daß das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nur den Leistungswettbewerb als Institution der sozialen Marktwirtschaft schützen will.

-
- 1) Möhring, Wettbewerbsordnung und Kartellrecht, WuW 1954, 387 ff. (389)
- 2) a) Benisch, Zur Problematik eines gesetzlichen Schutzes des Leistungswettbewerbs, WuW 1955, 421 ff.
- b) Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, WuW 1954, 211 ff.
- c) Isay, R., Soziale Marktwirtschaft und Kartellgesetzgebung, WuW 1954, 557 ff.
- d) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2.A.), § 22, Anm. 66, S. 677
- e) Erhard, Zur Kartellfrage, WuW 1952, 733 ff.
- f) Sölter, Mißbrauchs- und Verbotprinzip in der praktischen Anwendung, WuW 1955, 230 ff.
- g) Hellwig, Die Sicherung des Leistungswettbewerbs in der Sicht der gesetzgeberischen Arbeit, WuW 1959, 389 ff.

Soweit in der Literatur¹⁾ unterschiedliche Auffassungen zu der Frage bestehen, in welchem Verhältnis der Begriff 'Leistungswettbewerb' zu dem des lauterer beziehungsweise unlauteren Wettbewerbs steht, bedarf es hier insoweit keiner Stellungnahme mehr, als bereits klar betont wurde, daß nur der lautere Leistungswettbewerb schutzwürdig ist.

b) Der freie Leistungswettbewerb

Die Aufgabe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen besteht nun aber nicht darin, den Leistungswettbewerb in seiner Lauterkeit zu gewährleisten, sondern ihn frei von allen beschränkenden Vereinbarungen zu halten. Denn nur der freie Leistungswettbewerb entspricht den Spielregeln des Wirtschaftssystems der sozialen Marktwirtschaft²⁾.

c) Der Angebots- und Nachfragewettbewerb

Der Markt³⁾ setzt sich aus Angebot und Nachfrage zusammen. Im Wechsel des Wirtschaftsablaufs bilden sich Käufer- und Verkäufermärkte⁴⁾.

Es ist S ö l t e r darin zuzustimmen, daß 'die seither im Zusammenhang mit der Würdigung des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen erdachten Wettbewerbsbegriffe nur eine Wettbewerbsart herausgegriffen haben, nämlich das Spannungsverhältnis zwischen Anbietern im Zeichen des Käufermarktes'.

1) a) Benisch, Zur Problematik eines gesetzlichen Schutzes des Leistungswettbewerbs, WuW 1955, 421 ff.

b) Sölter, Mißbrauchs- und Verbotsprinzip in der praktischen Anwendung, WuW 1955, 230 ff.

2) a) Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, WuW 1954, 211 ff.

b) Erhard, Zur Kartellfrage, WuW 1952, 733 ff.

3) Schwenk, Der Marktbegriff, WuW 1960, 3 ff.

4) Sölter, Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, Düsseldorf 1960, S. 53, 54

S ö l t e r stellt weiter zutreffend fest:

'Der juristische Wettbewerbsbegriff wurde bisher in Literatur, Kartellaufsichtspraxis und Rechtsprechung im wesentlichen nur isoliert als Wettbewerb der Angebotsseite im Zeichen des Käufermarktes gesehen. Die Nachfrageseite wurde zwar - vermutlich der Vollständigkeit halber - in den Definitionen des Wettbewerbsbegriffes erwähnt. Der Nachfragewettbewerb war aber mit der Definition nicht sachgerecht erfaßt.'

S ö l t e r verweist in diesem Zusammenhang auf die von B o r c h a r d t - F i k e n t s c h e r vorgeschlagene Wettbewerbsdefinition, an der sich ganz eindeutig zeige, wie sehr die Nachfrageseite nur der Vollständigkeit halber in der Definition erwähnt werde; denn die Gegenspieler der Nachfrager würden gleichermaßen als Kunden bezeichnet, obwohl die Anbieter für die Nachfrager immer nur Lieferanten seien.

F i k e n t s c h e r ¹⁾ erwiderte hierauf, daß 'man bei den gesetzgeberischen Arbeiten vor allem an den Wettbewerb der Anbieter untereinander gedacht habe, daß aber die Vorschrift des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, wie ihr Wortlaut zeige, genügend weit formuliert sei, um sie auch auf den Nachfragewettbewerb anzuwenden.

Daß der Gesetzgeber ausschließlich den Angebotswettbewerb im Zeichen des Käufermarktes als Gegenstand seiner gesetzlichen Regelung angesehen habe, kann angesichts der Tatsache kaum ernstlich behauptet werden, daß der Abgeordnete K u r l b a u m als Berichterstatte des wirtschaftspolitischen Ausschusses des Bundestages in seinen Erläuterungen²⁾ zu § 1 selbst ausführt, daß 'Wettbewerbsbeschränkungen auf der Nachfrageseite ebenso unter die Vorschrift des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen fallen wie solche auf der Angebotsseite³⁾.

d) Die Definitionen und ihre Mängel

Schon mehrfach wurde herausgestellt, daß entsprechend der Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zum Wettbewerb

1) Fikentscher, Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung, WuW 1960, 680 ff. (682)

2) Gemeinschaftskommentar, Kartellverträge und Kartellbeschlüsse, Abg. Kurlbaum, S. 1174

3) Sölter, Die Mittelstandsempfehlungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1959, 687 ff. (707)

im Sinne des Kartellrechts begriffsnotwendig nicht die subjektive¹⁾ gewollte oder abgeschwächt bewußte Wirkung des eigenen Verhaltens auf die anderen gleichgerichteten Marktteilnehmer, das subjektive 'auf Kosten' oder 'an Stelle' eines anderen gehört. Denn die Annahme einer solchen Kampfposition unter den Gliedern einer Marktseite, eines solchen Ringens um den Kunden als Kriterium des Wettbewerbs würde einmal zur Folge haben, wie bereits betont, daß der Wettbewerb im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen einseitig nur als Angebotswettbewerb zu begreifen ist (Nachfrager besitzen bekanntlich keinen Kundenkreis), und zum anderen, daß die zahlreichen Fälle, in denen Unternehmen von einem Kampf um den Anbieter oder den Nachfrager absehen, oder in denen die Marktverhältnisse einen solchen Kampf erübrigen, oder in denen Wettbewerbslethargie herrscht, oder in denen der Kampf mit den Kollegen als unhonorig abgelehnt wird, nicht als Wettbewerb im Sinne des Rechtes gegen Wettbewerbsbeschränkungen angesehen und folglich auch Absprachen zwischen solchen Unternehmen nicht als Beschränkungen des Wettbewerbs verfolgt werden könnten²⁾.

B e n i s c h verweist hier beispielhaft auf die Großhändler einer Kette, die von einem Kampf um den Anbieter oder Nachfrager vertraglich untereinander absehen; denn sie sind einerseits schon durch ihren Beitritt zur 'Kette' verpflichtet, die Handelsgemeinschaft aufzubauen und durchzuführen, und auf der anderen Seite begründen sie hierüber zusätzlich eine vertragliche Verpflichtung, was einen Kampf untereinander selbstverständlich ausschließt. Daß die Mietglieder einer solchen Kette trotz dieses vertraglichen Verzichtes auf einen Kampf untereinander selbst keineswegs der Ansicht sind, dadurch nicht mehr miteinander im Wettbewerb zu stehen, ergibt sich zum Beispiel aus der Vorschrift des § 11 Abs. 1 des Vertrages über die Zusammenarbeit zum Aufbau und zur Durchführung der Handelsgemeinschaft SELDIS zwischen dem

1) a) Brugger, WuW 1959, 467 ff. (476)

b) Benisch, WuW 1956, 480 ff. (481, 483)

2) a) Benisch, Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs, WuW 1960, 842 ff., Einkaufsmacht und Kartellbegriff, WuW 1956, 480 ff. (481, 482)

b) Sölter, Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, S. 56, 57

SELDIS-Einzelhändler, dem SELDIS-Großhändler und der Deutschen SELDIS Handelsgemeinschaft, wonach sich die SELDIS-Einzelhändler und die SELDIS-Großhändler verpflichten,

'insbesondere jeden Wettbewerb, der das einzelne Mitglied, die gemeinsamen Interessen oder das Ansehen der SELDIS schädigt, zu unterlassen'.

Eine solche Bestimmung würde sich erübrigen, wenn man davon ausginge, daß ein rechtlich relevanter Wettbewerb untereinander durch den Beitritt zur 'Kette' völlig ausgeschlossen sei; denn dann könnte es weder zu lauterer noch zu unlauterer Wettbewerbs-handlungen gegenüber den Mitgliedern kommen. Indem im Vertrag nur auf einen schädigenden Wettbewerb Bezug genommen wird, bleibt, zumal durch die freiwillige Zusammenarbeit in der Handelsgemeinschaft die wirtschaftliche Unabhängigkeit ihrer Mitglieder erhalten und gefestigt werden soll, Raum für die Annahme, daß im übrigen zwischen den Mitgliedern der 'Kette' Wettbewerb möglich ist und besteht.

Die Definitionen, die von der Kampfposition ausgehen und nur einseitig das Spannungsverhältnis unter den Gliedern einer Marktseite als Wettbewerb auffassen, begehen den Fehler, den für das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom Reichsgericht¹⁾ umschriebenen, vom Bundesgerichtshof²⁾ übernommenen und allgemein geltenden Wettbewerbsbegriff unkritisch auf das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu übernehmen³⁾.

Dies gilt uneingeschränkt für die von M e y e r - C o r d i n g und E w a l d vorgeschlagenen Wettbewerbsdefinitionen, die wortwörtlich mit der reichsgerichtlichen Umschreibung des Wettbewerbsbegriffes im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb übereinstimmen, worauf M e y e r - C o r d i n g selbst hinweist.

Diese beiden Definitionen sind darum als mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen unvereinbar und demzufolge als unzutreffend abzulehnen.

Aber auch die Begriffsbestimmungen bei G ü n t h e r und W e s t e r m a n n und die Auffassung des wirtschaftspolitischen

1) RG St. 58, 430

2) BGH NJW 1956, 430

3) a) Benisch, Einkaufsmacht und Kartellbegriff, WuW 1956, 480 ff. (483)

b) Gleiss, NJW 1954, 659

Ausschusses des Bundestages stellen darauf ab, daß 'an Stelle' oder 'auf Kosten eines Wettbewerbers ein Vertragsabschluß getätigt oder ein Vorteil erzielt wird, so daß auch gegenüber diesen Definitionen insoweit der Vorbehalt gemacht werden muß, als diese Umschreibungen ebenfalls auf die Kampfposition abstellen und dadurch den Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verfehlen.

Behrens¹⁾ stimmt der hier vertretenen Ansicht zu, daß 'nicht nur dort Wettbewerb herrscht, wo wirtschaftliche Vorteile auf Kosten eines anderen erlangt werden', gelangt aber selbst zu einer nur auf den Wettbewerbszustand bezogenen Begriffsbestimmung der wirtschaftlichen Spannung, mit der der wirtschaftliche Wettbewerb nicht erfaßt wird²⁾.

Es fällt auf und ist gewiß nicht rein zufällig, daß sowohl Ewald als auch Günther einerseits in der Kampfposition, in der Vorteilsverschaffung auf Kosten eines anderen Wettbewerbers, ein wesentliches Element des kartellrechtlich relevanten Wettbewerbes erblicken und auf der anderen Seite als Grundanliegen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen den Schutz und die Sicherung der wirtschaftlichen Freiheit des einzelnen als Voraussetzung marktwirtschaftlicher Ordnung, so Günther³⁾, oder den Schutz der Freiheit des Entschlusses zu einem wirtschaftlichen Handeln gegenüber möglichen Kunden, so Ewald⁴⁾, ansehen.

Günther hebt darum in einer Abhandlung⁵⁾ über den Wettbewerbsbegriff des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gerade hervor, daß entscheidende Gesichtspunkte für die Auslegung der Vorschrift des § 1 in Abkehr von einer rein marktförmentheoretischen und nationalökonomischen aus einer individualrechtlichen, auf die Würde des Menschen bezogenen Betrachtung gewonnen werden könnten.

1) Behrens, NJW 1958, 481 ff.

2) Langen, a.a.O., S. 66

3) Günther, Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf die Unternehmen, WuW 1957, 653 f.

4) Ewald, WuW 1956, 253 ff. (257)

5) Günther, Zum Wettbewerbsbegriff des § 1 GWB, MA 1959, 269 ff. (275)

So ist das subjektive, von einem personalen Entschluß getragene Element der von G ü n t h e r und E w a l d vorgeschlagenen Wettbewerbsdefinitionen 'die Vorteilsverschaffung auf Kosten' oder 'der Vertragsabschluß an Stelle eines anderen' charakteristisch für die Vertreter einer ausschließlich individualrechtlichen und auf ein soziales Zuordnungsverhältnis bezogenen Betrachtungsweise und kann demzufolge nicht Bestandteil einer Umschreibung des Begriffes 'Wettbewerb' im Sinne des dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen einzig gerecht werdenden wirtschaftsverfassungsrechtlichen, institutionellen Betrachtungsweise sein.

G ü n t h e r ¹⁾ versteht unter dem Vertragsabschluß anstelle eines anderen gleichgerichteten Mitbewerbers nicht das Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Marktteilnehmer, wie dies B r u g g e r ²⁾ annimmt, sondern seine 'weitgehend abstrakte Formulierung des Wettbewerbsbegriffes setzt dieses Nebeneinander-Verhältnis mindestens zweier Wirtschaftssubjekte der gleichen Marktseite voraus, deren Interessenbereiche (Beschaffungs- und Absatzbereiche) sich - wenn auch in noch so loser Form - irgendwie überschneiden'. Ein akuter Interessenkonflikt ist nach G ü n t h e r hier noch nicht notwendig, es genügt das Vorhandensein einer latenten Ursache zu einem solchen, der aber dann eintritt, sobald das Nebeneinander-Verhältnis überschritten wird.

Indem B r u g g e r die Ansicht vertritt, daß 'mit dem Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Mitbewerber' das gleiche gemeint sein dürfte wie 'das Bestreben, sich im wirtschaftlichen Kampf auf Kosten eines Wettbewerbers einen Vorteil zu verschaffen', und demzufolge in seinem Definitionsvorschlag dieser Teil so verstanden werden muß, geht auch er von der Kampfposition aus und trifft dadurch auch nicht den Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Wenn B r u g g e r in diesem Zusammenhang auf die Wettbewerbsdefinition bei B o r c h a r d t - F i k e n t s c h e r Bezug nimmt, so zeigt ein Blick in die Ausführungen von F i k e n t s c h e r ³⁾ und B o r c h a r d t ⁴⁾, daß die von B r u g g e r

1) Günther, Einkaufsmacht und Kartellgesetzentwurf, MA 1957, 35 ff.

2) Brugger, Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 1959, 474

3) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 2. Kapitel, S. 33 ff.

4) Borchardt-Fikentscher, a.a.O., S. 3 und S. 5 ff.

vollzogene Gleichsetzung hier allerdings zutrifft. Diese Autoren stellen zunächst fest:¹⁾

'Wettbewerb als Handlung gegenüber Konkurrenten liegt im praktischen Sinne nur dann vor, wenn der einzelne Anbieter oder Nachfrager eine Chance hat, die Bedingungen zu beeinflussen, unter denen er verkauft, also gerade dann, wenn er diese Bedingungen nicht als gegeben vom Markt nimmt.

Erst diese Erkenntnis, daß es 'auf ihn ankommt', gibt ihm das Gefühl, in Konkurrenz zu stehen, und nur in solchen Fällen spricht man von tatsächlicher Konkurrenz.'

Damit ist aber bis jetzt nur gesagt, daß der Anbieter oder Nachfrager das Gefühl hat, in Konkurrenz zu stehen. Ob er über dieses Gefühl hinaus auch selbst wettbewerblich tätig werden will, bedarf eines besonderen Entschlusses und erst die daraufhin einsetzende Betätigung kann als Wettbewerb bezeichnet werden.

An anderer Stelle schreiben B o r c h a r d t - F i k e n t - s c h e r²⁾:

'Immer ist ein Spielraum für die Preissetzung, die Qualität der Erzeugnisse, die Konditionen, den Kundenkomfort, oder die mögliche Erlangung eines solchen, Voraussetzung dafür, daß der Praktiker sich im Wettbewerb fühlt.'

Auch hier wird zunächst auf das Wettbewerbsgefühl abgestellt, von dem die Wettbewerbshandlung getragen wird, ohne daß damit bereits etwas über diese wettbewerbliche Betätigung des betreffenden 'Praktikers' gesagt wäre.

Später werden dann aber ganz konkret die wichtigsten Komponenten des praktischen Konkurrenzbegriffes herausgestellt³⁾:

- a) Die Tatsache, daß jeder Anbieter Marktpolitik betreibt, um damit seinen Konkurrenten Kunden abzugewinnen, beziehungsweise zu verhindern, daß die Konkurrenten von ihm Kunden gewinnen.
Von den Kunden her gesehen, stellt sich der Wettbewerb als Möglichkeit alternativen Bezugs dar.

1) Borchardt-Fikentscher, a.a.O., S. 3 und S. 5 ff.

2) Borchardt-Fikentscher, a.a.O., S. 8 mit Hinweis auf Abbott, Quality and Competition, MA 1956, 564

3) Borchardt-Fikentscher, a.a.O., S. 14, 15

- b) Die Tatsache, daß mehrere selbständige Wettbewerber diese Absichten haben und sie zu verwirklichen trachten, sich dafür gegenseitig im Geschäftserfolg, in den Planungen und tatsächlichen Handlungen beeinflussen, wobei die Mittel, deren sich die Wettbewerber bei der Verwirklichung ihres Strebens bedienen, Variationen der Geschäftsbedingungen, der Werbung und der Gutsbeschaffenheit sein können.

B o r c h a r d t - F i k e n t s c h e r gelangen daraufhin zu ihrem bekannten Begriff des wirtschaftlichen Wettbewerbs:

'Wirtschaftlicher Wettbewerb ist das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden) durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen.'

Hierbei kann es auf Grund der als wichtigste Komponente des praktischen Konkurrenzbegriffes herausgestellten Tatsache, daß 'jeder Anbieter Marktpolitik betreibt', um damit seinen Konkurrenten Kunden abzugewinnen, nicht zweifelhaft sein, daß B o r c h a r d t und F i k e n t s c h e r ebenfalls von der Kampfstellung ausgehen, dies aber sehr versteckt und systematisch ungenau in ihrer Begriffsbestimmung wiedergeben.

Denn auf den ersten Blick läßt sich keineswegs erkennen, daß mit dem 'Streben, sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Mitbewerber' das gleiche gemeint ist, wie das 'Bestreben, sich im wirtschaftlichen Kampfe auf Kosten eines Wettbewerbers einen Vorteil zu verschaffen'. So verwendet B e n i s c h ¹⁾ in seiner Definition ebenfalls das Element des 'Strebens, im Wirtschaftserfolg sich beeinflussender Anbieter oder Nachfrager' und spricht sich gleichzeitig gegen die Annahme einer Kampfstellung als Kriterium des Wettbewerbs aus, so daß eine solche Definition einen eindeutigen und klaren Sinn hat.

Nur aus dem Bestreben, die Antinomie 'Wettbewerb - Monopol' aufzulösen, und den Wettbewerb nicht als die Nichtbeeinflussbarkeit der Mitbewerber untereinander, sondern gerade durch das

1) Benisch, Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs, WuW 1960, 842 ff.

Gegenteil, die Beeinflußbarkeit der Mitbewerber untereinander, zu kennzeichnen, läßt es sich überhaupt erklären, daß B o r - c h a r d t und F i k e n t s c h e r die Beeinflußbarkeit als Bestandteil in ihre Wettbewerbsdefinition aufgenommen haben. E u c k e n ¹⁾ orientiert seinen Wettbewerbsbegriff an der Frage, ob der einzelne Unternehmer nach seiner subjektiven Vorstellung den Preis als gegeben vom Markt übernimmt und demnach selbst nicht damit rechnet, den Markt beeinflussen zu können. So definiert Eucken seinen Konkurrenzbegriff durch die vorgestellte Einflußlosigkeit der Konkurrenten aufeinander und schließt damit die Möglichkeit der objektiven Beeinflussung der Mitbewerber untereinander nicht aus. Die Möglichkeit der objektiven Beeinflussung der Mitbewerber untereinander ist nach E u c k e n s Auffassung sogar die Regel. Nur subjektiv stellen sich die Teilnehmer an der vollkommenen Konkurrenz im Sinne E u c k e n s vor, sie müßten den Preis und die anderen Geschäftsbedingungen vom Markt nehmen.

Wenn in der Euckenschen Konkurrenz die Möglichkeit der objektiven Beeinflußbarkeit der Mitbewerber untereinander die Regel ist, so ist es nur folgerichtig, in dieser Möglichkeit der objektiven Beeinflussung den eigentlichen Wettbewerb zu sehen.

Sobald man aber den Euckenschen Konkurrenzbegriff als auf einem Irrtum beruhend bezeichnet, wie dies F i k e n t s c h e r ²⁾ tut, und über die Möglichkeit der bloß objektiven Beeinflussung hinausgehend gerade den Wettbewerb in der subjektiven, vorgestellten Beeinflußbarkeit der Mitbewerber untereinander erblickt, dann ist es weiterhin nicht mehr möglich, den Wettbewerb entweder als die subjektive vorgestellte Einflußlosigkeit der Mitbewerber aufeinander (die Möglichkeit der objektiven Beeinflussung untereinander nicht ausgeschlossen), oder als subjektiv vorgestellte Beeinflußbarkeit der Mitbewerber untereinander zu umschreiben, denn in diesem Fall wird die individuelle Beeinflußbarkeit der Mitbewerber untereinander, worin die Möglichkeit der objektiven Beeinflussung einbegriffen ist, zur Voraussetzung des Wettbewerbs. Erst auf Grund der objektiv möglichen und sub-

1) Eucken, Grundlagen der Nationalökonomie, 1950, S. 95

2) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 35

ektiv vorgestellten Beeinflußbarkeit der Mitbewerber untereinander kommt es zu Wettbewerbshandlungen der einzelnen Mitbewerber, betreiben sie Wettbewerb.

B o r c h a r d t und F i k e n t s c h e r sagen selbst, daß die Erkenntnis, die Bedingungen nicht vom Markt nehmen zu müssen, sondern selbst gestalten zu können, dem Wettbewerber zunächst das Gefühl gebe, in Konkurrenz zu stehen, und daß gerade dieser Spielraum zur Gestaltung und Variierung der Geschäftsbedingungen die Voraussetzung dafür sei, um dem Praktiker dieses Gefühl zu verleihen, zu vermitteln, womit aber über das Verhalten des Wettbewerbers, das als Wettbewerb bezeichnet werden könnte, überhaupt noch nichts ausgesagt ist. Folglich kann eine solche Voraussetzung und das hierauf beruhende Gefühl nicht schon als Wettbewerb umschrieben werden.

Darum hätten B o r c h a r d t - F i k e n t s c h e r besser daran getan, in ihre Wettbewerbsdefinition die Kampfstellung der Mitbewerber untereinander, das 'Streben, sich im wirtschaftlichen Kampfe auf Kosten eines anderen Mitbewerbers einen Vorteil zu verschaffen', aufzunehmen und die objektiv mögliche und subjektiv vorgestellte Beeinflußbarkeit der Mitbewerber untereinander als die Voraussetzung des Wettbewerbs herauszulassen.

Dies hat um so mehr zu gelten, als B o r c h a r d t - F i k e n t s c h e r Vertreter einer rein individualrechtlichen Betrachtungsweise der Aufgabenstellung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sind und es nach ihnen nur um den Schutz der individuellen Handlungs- und Betätigungsfreiheit der einzelnen Wettbewerber geht und der Wettbewerb und seine Voraussetzungen eines institutionellen Schutzes nicht bedürfen.

Hier hat G ü n t h e r ¹⁾ systematisch sauberer zwischen Voraussetzung des Wettbewerbs und Wettbewerb selbst unterschieden.

Indem B o r c h a r d t - F i k e n t s c h e r in der für den Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgeschlagenen Definition ebenfalls, wenn auch nicht unmittelbar erkennbar, auf die Kampfposition abstellen, verfehlen auch sie die zutreffende Umschreibung.

1) Günther, Einkaufsvereinigungen und Kartellgesetzentwurf, MA 1957, 35 ff.

Die von B r u g g e r gegebene Definition beinhaltet aber noch weitere Mängel. B r u g g e r ¹⁾ führt aus, daß 'im allgemeinen im Wettbewerb nur das Streben eines Marktteilnehmers nach wirtschaftlichem Erfolg gesehen werde. Man dürfe jedoch den 'Wettbewerb' nicht nur von der subjektiven Seite her sehen; denn ein subjektives Verhalten, die Tatsache des wirtschaftlichen Strebens allein, könne noch nicht als schutzwürdige Institution verstanden werden', und fährt dann fort:

'Es muß noch ein objektives Element zum Wettbewerbsbegriff im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen hinzukommen, um den Wettbewerb als Institution zu schützen.

Das Wettbewerbsstreben der Marktteilnehmer ist - vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus gesehen - nur deshalb interessant und schutzwürdig, weil damit die Bereitstellung möglichst günstiger Geschäftsbedingungen verbunden ist.'

Darin erblickt nun B r u g g e r das Ziel des Wettbewerbs als Institution, und darauf muß nach seiner Ansicht das Streben der Mitbewerber ausgerichtet sein.

Schon G ü n t h e r ²⁾ hat darauf aufmerksam gemacht, es dürfe angenommen werden, daß bestimmte Wettbewerbshandlungen die Leistungseigenschaft der Wohlstandsmehrung in ökonomischer und kultureller Beziehung aufweisen, andere Wettbewerbshandlungen dagegen der Wohlstandsmehrung nicht zu dienen vermögen. Versucht man den Wettbewerbsbegriff auf dieser Grundlage zu bestimmen, wie dies B r u g g e r tut, dann müßte man konsequenterweise sagen, daß ein wirtschaftliches Verhalten, das nicht geeignet ist, zur Wohlstandsmaximierung in dem gekennzeichneten Sinne zu führen, nicht Wettbewerb im Sinne des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sein kann. Durch diese Folgerung wird deutlich, daß die Wohlstandsmaxime bei der Findung des wirtschaftlichen Wettbewerbsbegriffes nicht oberste Richtschnur sein kann.

Auch B e n i s c h ³⁾ hat sich hierzu geäußert und überzeugend

1) Brugger, Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 1959, 476

2) Günther, Zum Wettbewerbsbegriff des § 1 GWB, MA 1959, 269 ff. (274)

3) Benisch, Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs, WuW 1960, 842 ff.

nachgewiesen, daß der Zusatz 'durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen' in den Wettbewerbsdefinitionen von Borchardt-Fikentscher und Brugger zu Ergebnissen führt, die wirtschaftlich nicht sinnvoll sind.

Wollte man diesen Zusatz trotz dieser zutreffenden Bedenken in die justitiable Umschreibung des Begriffes 'Wettbewerb' im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen aufnehmen, so bedürfte es einmal einer näheren Erläuterung, von welchem Standpunkt aus betrachtet und mit welchen Maßstäben gemessen die Geschäftsbedingungen möglichst günstig sein sollen. So kann beim Verkauf unter Selbstkosten gewiß nicht davon gesprochen werden, daß der Anbieter von ihm ausgesehen unter den möglichst günstigen Geschäftsbedingungen zum Vertragsabschluß strebt, trotzdem wird niemand behaupten wollen, daß in solchen Fällen ein Wettbewerb nicht vorliegt. Vielmehr geht es hierbei nur um die Frage, ob ein solches wettbewerbliches Verhalten lauter oder unlauter ist.

Zum anderen würde der Wettbewerbsbegriff mit einer Wertung belastet, die seine Anwendbarkeit nur erschweren müßte.

Folglich kann festgehalten werden, daß die Wettbewerbsdefinitionen bei Borchardt-Fikentscher und bei Brugger den Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auch insoweit unzutreffend umschreiben, als sie auf eine Geschäftsverbindung 'durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen' abstellen¹⁾.

1) a) Brugger, Zur Auslegung des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1959, 467 ff. (477)

b) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 2. Kapitel, II. Der Begriff des Wettbewerbs, 5., S. 43

Für Brugger ergibt sich die Notwendigkeit einer Korrektur des Wettbewerbsbegriffes von Borchardt-Fikentscher nur aus der unterschiedlichen Betrachtungsweise der Aufgabenstellung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Während Brugger das Grundanliegen des Gesetzes in einem sozialen Zuordnungsverhältnis von Individual- und Institutionsschutz sieht, rechnen Borchardt-Fikentscher dem Gesetz nur einen Individualschutz zu, so daß Fikentscher in einer Ziel-Mittel-Relation die Beeinflußbarkeit der Mitbewerber untereinander als regelmäßig durch das Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen gekennzeichnet beschreiben kann und sich naturgemäß die Frage einer institutionellen Erhöhung eines Elementes dieser Wettbewerbsdefinition nicht stellt.

Fortsetzung der Fußnote S. 156

An der Umschreibung des Begriffes 'Wettbewerb' im Regierungsentwurf ist zunächst zu bemängeln, daß sie offensichtlich einseitig auf den Angebotswettbewerb im Käufermarkt abstellt; denn ein Nachfrager erbringt keine 'Qualitäts'-Leistung, sondern zahlt allein einen Preis¹⁾.

Darüber hinaus treffen auf diesen Definitionsvorschlag die gleichen Überlegungen zu, die wegen des Zusatzes 'durch Inanspruchstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen' in den Definitionen bei B o r c h a r d t - F i k e n t s c h e r und B r u g g e r angestellt wurden; denn 'die Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmen', ist gleichbedeutend mit dem 'Bereitstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen'.

Die von S ö l t e r²⁾ vorgeschlagene und auf die Wettbewerbsfreiheit beschränkte Definition des Begriffes 'Wettbewerb' in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen als die 'Freiheit des Anbieters oder Nachfragers, seine Marktbedingungen selbständig zu gestalten', überrascht durch ihre Einfachheit.

S ö l t e r wird damit schon allein dem Gesetzeswortlaut nicht gerecht, denn in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen geht es um Verträge und Beschlüsse, die geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen, und nicht etwa um eine Beeinflussung durch 'Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit'.

Fortsetzung der Fußnote 1) von S. 155:

Brugger widerspricht sich in dieser Abhandlung, wenn er die Umschreibung des Wettbewerbsbegriffes im Regierungsentwurf einmal (S. 474) mit der Wettbewerbsdefinition bei Ewald gleichsetzt, die sich nur auf die Wiedergabe der Kampfposition erstreckt, und an anderer Stelle (S. 476) als mit dem Bereitstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen gleichbedeutend erachtet, obwohl es sich insoweit nur um ein Element seines eigenen Wettbewerbsbegriffes handelt, das er institutionell erhöht wissen will.

- 1) Sölter, Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, Düsseldorf 1960, S. 55
- 2) Sölter a) Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, Düsseldorf 1960, S. 57
b) Industrieller Mittelstand und Kartellgesetz, Düsseldorf 1960, S. 19, 20

Aus zahlreichen Stellungnahmen der Initiatoren des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und des Gesetzgebers selbst ergibt sich, daß das Tatbestandsmerkmal 'Wettbewerb' nicht einfach als 'Wettbewerbsfreiheit' oder 'Dispositionsfreiheit' ausgelegt werden kann.

Bereits in seinem Brief an den Präsidenten des Bundesverbandes der deutschen Industrie hob der Bundeswirtschaftsminister¹⁾ hervor, daß eine freie wirtschaftliche Ordnung aufgehoben würde, wenn man den Leistungswettbewerb unterbinde und die Funktion des Preises ausschalte. Er rühmt unter anderem das fast unglaubliche Maß an Anpassungsfähigkeit, die der freien Unternehmenswirtschaft eigen ist, und bemängelt, daß die Kartellfreunde jeder volkswirtschaftlichen Betrachtung geflissentlich ausweichen.

Dies trifft auch auf S ö l t e r zu, wenn er den Wettbewerb als Institution der Marktwirtschaft, den Wettbewerbsmechanismus, aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und der Rechtssicherheit als Grundlage einer Gesetzesanwendung ablehnt²⁾, weil es sich hierbei um Begriffe volkswirtschaftlicher Art handele und rechtsbegrifflich nicht faßbar seien.

Auch G ü n t h e r³⁾ überträgt dem Wettbewerb die Aufgabe, Triebfeder und wesentlichster Ordnungsfaktor unserer durch marktwirtschaftliche Züge geprägten Volkswirtschaft zu sein. Nach den Worten des Abgeordneten Dr. H e l l w i g⁴⁾ geht es dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen um den Leistungswettbewerb, um das Grundprinzip des Wettbewerbs als einem unentbehrlichen Ordnungsprinzip.

Auch S ö l t e r wird zugeben müssen, daß Wettbewerbs- oder Dispositionsfreiheit allein noch nicht zu ordnen vermögen, daß vielmehr erst ein richtiges Verhältnis zu dieser Freiheit und ein sich hieraus ergebender rechter Gebrauch von dieser Freiheit durch ein wettbewerbles Handeln den gesetzgeberischen Zweck erfüllen können⁵⁾.

1) Erhard, Zur Kartellfrage, WuW 1952, 733, 734

2) Sölter, Industrieller Mittelstand und Kartellgesetz, Düsseldorf 1960, S. 19 und 20

3) Günther, Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf die Unternehmen, WuW 1957, 678.
Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der deutschen Wirtschaftspolitik, WuW 1960, 747 ff. (752, 753)

4) Hellwig, WuW 1959, 389

5) Ottel, Wettbewerb als sozialistische Wirtschaftspolitik, WuW 1953, 65 ff. (72)

O t t e l ¹⁾ sagt ganz zutreffend, daß Wettbewerb nach wirklichkeitsnaher Auffassung verstanden, 'tätiges Bemühen ums Geschäft' ist.

So sind die mehr oder weniger ermahnenden Hinweise bei H e l l w i g ²⁾ und G ü n t h e r ³⁾ zu verstehen, daß es eines Bekenntnisses zum Wettbewerb als Ordnungsprinzip bedürfe und daß die menschenwürdige, freiheitliche Wirtschaftsordnung nicht etwas sei, was bereits bestehe, was vielleicht nur entdeckt werden müsse oder was vielleicht von selbst zustande komme ⁴⁾. Die freiheitliche Wirtschaftsordnung müsse vielmehr systematisch erarbeitet, durchdacht und gepflegt werden. Diese Arbeit müsse von höchstem Verantwortungsbewußtsein gegenüber der Gesamtwirtschaft bestimmt sein.

S ö l t e r setzt sich mit seiner auf die Wettbewerbsfreiheit beschränkten Wettbewerbsdefinition aber auch in Widerspruch zu seiner Ansicht über die Theorie des 'vollständigen Wettbewerbs', die er weder praktisch noch theoretisch für haltbar bezeichnet ⁵⁾. Wenn er nämlich das 'Streben, durch Variierung der Geschäftsbedingungen zum Vertragsabschluß zu gelangen', als Begriffsmerkmal des Wettbewerbs ablehnt ⁶⁾, weil keineswegs alle Wettbewerber nach einem Wettbewerbserfolg streben, sie vielmehr vielfach gezwungen seien, in vorhandene Wettbewerbspreise einzutreten, und sich als 'Wettbewerber' oft wettbewerbsmäßig völlig passiv verhielten und dennoch Aufträge hereinholten, so gibt er damit das wesentlichste Merkmal des Wettbewerbs ⁷⁾ preis, das darin besteht, daß die Wettbewerber durch die unabhängige Gestaltung der Marktbedingungen um die Teilnehmer der Marktgegenseite werben, also nach einem Geschäftsabschluß mit ihnen streben.

1) Ottel, a.a.O.

2) Hellwig, Die Sicherung des Leistungswettbewerbs in der Sicht der gesetzgeberischen Arbeit, WuW 1959, 389 ff. (389)

3) Günther, Wettbewerbsfreiheit und Unternehmertum, WuW 1958, 379 ff. (391)

4) Böhm, Der vollständige Wettbewerb und die Antimonopolgesetzgebung, WuW 1953, 178 ff.

5) Sölter, Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, Düsseldorf 1960, S. 34

6) Sölter, a.a.O., S. 55

7) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2.A.), § 22, Anm. 34, S. 658, 659, 660

Dieses Merkmal des Wettbewerbs der praktischen wirtschaftlichen Wirklichkeit macht gerade den Unterschied gegenüber der 'vollständigen Konkurrenz' als einer 'Schlafmützenkonkurrenz'¹⁾ aus, die sich durch die Einflußlosigkeit der Wettbewerber untereinander auszeichnet²⁾.

Hier ist Benisch³⁾ beizupflichten, der den Wettbewerb durch das 'Nebeneinander einer großen Anzahl zum gleichen oder wirtschaftlich ähnlichen Ziel hinstrebender Anbieter oder Nachfrager' gekennzeichnet sieht. Der Eindruck eines wettbewerblich passiven Verhaltens kann hierbei durchaus aufkommen; denn 'dieses Nebeneinander ist rein sachlicher Natur und seinem eigentlichen Wesen nach zunächst keineswegs Konflikt. Es hat nur die Tendenz, Konflikt zu werden, es kann aber letztlich sogar zu einer gegenseitigen Interessenförderung führen'.

Es wurde schließlich auch erkannt, daß der Wettbewerb im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen eine Aufgabe zu erfüllen hat und Leistungswettbewerb bedeutet⁴⁾, der in der Leistung selbst, also in der unmittelbaren wettbewerblichen Betätigung seinen Ausdruck findet. Da aber die Wettbewerbsfreiheit nur die Voraussetzung darstellt, um wettbewerblich tätig werden zu können, und sie für sich allein genommen noch nicht die vom Gesetzgeber erwartete Leistung⁵⁾ zu erbringen vermag, kann der

1) Lutz, a.a.O.

2) Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, S. 24

3) Benisch, Einkaufsmacht und Kartellbegriff, WuW 1956, 480 ff.

Benisch hat diese Ansicht keineswegs in 'Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs', WuW 1960, 842 ff., aufgegeben, wenn er dort schreibt:

'Der Wettbewerb werde nicht durch die Kampfposition mehrerer nach einem gleichen wirtschaftlichen Ziel strebender Unternehmen, sondern durch deren Dispositionsfreiheit im Marktverhalten gekennzeichnet';

denn damit hebt Benisch den Wettbewerb nur von der Kampfposition ab, umschreibt aber nach wie vor den Wettbewerb mit dem Nebeneinander einer großen Anzahl zum gleichen oder wirtschaftlich ähnlichen Ziel hinstrebender Anbieter und Nachfrager, die in der Gestaltung ihrer Geschäftsbedingungen völlig unabhängig sind.

4) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, § 22 (2.A.), Anm. 66, S. 677

5) Hierunter ist nicht eine Leistung in concreto jedes einzelnen Marktteilnehmers zu verstehen.

Begriff 'Wettbewerb' in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht im Sinne von 'Wettbewerbsfreiheit' verstanden werden.

Würde der Gesetzgeber der Ansicht gewesen sein, daß es dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nur um den Schutz der Wettbewerbsfreiheit gehe, ohne Rücksicht auf die Früchte dieser vom Staatsbürger gebrauchten Freiheit, so wäre es unverständlich und höchst anfechtbar, warum er dann diesen Begriff nicht als Tatbestandsmerkmal in die Vorschrift des § 1 dieses Gesetzes aufgenommen hat.

Auf Grund der nachgewiesenen Mängel kann auch die von S ö l t e r vorgeschlagene Wettbewerbsdefinition nicht als für das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in seiner Aufgabenstellung zutreffend bezeichnet werden.

Mißt man die von B e n i s c h gefundene Definition des Begriffes 'Wettbewerb' mit den hier entwickelten Maßstäben, so zeigt es sich, daß diesem Autor sehr weitgehend zugestimmt werden kann. B e n i s c h versteht unter Angebotswettbewerb das 'selbständige Streben im Wirtschaftserfolg sich beeinflussender Anbieter nach Geschäftsverbindungen mit Nachfragern'.

B e n i s c h unterteilt seinen Wettbewerbsbegriff zutreffend in eine subjektive und objektive Komponente. Als subjektiv wesentlichen Inhalt des Wettbewerbs bezeichnet er das selbständige Streben, das Bestreben, ins Geschäft zu kommen und im Geschäft zu bleiben, und weiß sich hierin mit vielen Autoren¹⁾ einig.

In diesem Sinne verstanden ist der Wettbewerb eine Form der einzelwirtschaftlichen Initiative oder der Unternehmertätigkeit, die auf ein gleiches oder wirtschaftlich ähnliches Ziel, in der Regel auf die Geschäftsverbindung mit Anbietern beziehungsweise Nachfragern gerichtet ist.

Ausgehend von der Annahme eines institutionellen Charakters des Wettbewerbs im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

- 1) a) Ottel, Wettbewerb als sozialistische Wirtschaftspolitik, WuW 1953, 65 ff.
- b) Benkendorff, Freie Berufe und Kartellgesetz, WuW 1956, 20 ff.
- c) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2.A.), § 22, Anm. 34, S. 659, 660
- d) Borchardt-Fikentscher, a.a.O., S. 14

fügt B e n i s c h dieser subjektiven Komponente einen objektiv wesentlichen Inhalt hinzu, nämlich die objektive Beeinflußbarkeit der Mitbewerber untereinander.

Damit wird er sowohl der Vorstellung E u c k e n s ¹⁾ über den Wettbewerb als auch der Ansicht von B o r c h a r d t - F i k e n t s c h e r ²⁾ und L u t z ³⁾ über die Umschreibung eines wirklichkeitsnahen Wettbewerbsbegriffes gerecht; denn E u c k e n s bestreitet nicht, daß ein Wettbewerber auf den Geschäftserfolg des Mitbewerbers objektiv irgendeinen Einfluß ausübt, und B o r c h a r d t - F i k e n t s c h e r betonen, daß Wettbewerb als Handlung gegenüber Konkurrenten im praktischen Sinne nur dann vorliege, wenn der einzelne Anbieter oder Nachfrager eine Chance hat, die Bedingungen zu beeinflussen, unter denen er verkauft oder kauft, also gerade dann, wenn er diese Bedingungen nicht als gegeben vom Markt nimmt, nur daß diese Autoren dieser objektiven Möglichkeit der Beeinflußbarkeit das subjektive Bewußtsein der Anbieter oder Nachfrager von dieser Situation hinzufügen, auf Grund dessen die Marktteilnehmer entsprechend Marktpolitik betreiben und nur in solchen Fällen tatsächlich von Wettbewerb sprechen.

Hat man aber einmal erkannt, daß der Gesetzgeber durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen den volkswirtschaftlich-theoretischen Begriff der 'vollkommenen Konkurrenz' im Sinne E u c k e n s keineswegs in die Wirklichkeit umsetzen, sondern 'nur' soviel Wettbewerb wie möglich sicherstellen will⁴⁾, so verliert die

1) Eucken, Grundlagen der Nationalökonomie, S. 95

2) Borchardt-Fikentscher, a.a.O., S. 3 ff.

3) Lutz, a.a.O., S. 30 ff.

4) a) Böhm, Der vollständige Wettbewerb und die Antimonopolgesetzgebung, WuW 1953, 178 ff.

b) Günther, Einkaufsvereinigungen und Kartellgesetzentwurf, MA 1957, 35 ff.

Günther, Zum Wettbewerbsbegriff des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, MA 1959, 269 ff. (272)

c) Brugger, Zur Auslegung des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1959, 467 ff.

d) Gemeinschaftskommentar, Schriftlicher Bericht, C. II. S. 1166

e) Hellwig, Die Sicherung des Leistungswettbewerbs in der Sicht der gesetzgeberischen Arbeit, WuW 1959, 389 ff. (395)

Wettbewerbsdefinition bei E u c k e n, von der es sich nach L u t z und B o r c h a r d t - F i k e n t s c h e r abzusetzen gilt, ihre Bedeutung als Gegenpol, und man gewinnt Raum für eine gesetzesgerechte, an dem Höchstmaß von Kompetitivität ausgerichtete Umschreibung des Wettbewerbsbegriffes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Wenn B e n i s c h ¹⁾ den Begriff 'Wettbewerb' darum als das 'Nebeneinander einer großen Anzahl zum gleichen oder wirtschaftlich ähnlichen Ziel hinstrebender Anbieter oder Nachfrager' umschreibt und dadurch sehr weit faßt, so hat diese Erkenntnis die Marktform der 'vollständigen Konkurrenz' wohl zur Grundlage, basiert aber nicht auf der Forderung nach Verwirklichung dieses modelltheoretischen Wettbewerbsbegriffes.

Vielmehr geht es B e n i s c h um die Verwirklichung des gesetzgeberischen Zieles²⁾, durch die Erhaltung einer Vielzahl selbständiger Marktteilnehmer auf der Anbieter- und Nachfragerseite die Ordnungsfunktion des Wettbewerbs zu gewährleisten und dadurch die marktmechanistische Wirkung von Angebot und Nachfrage sicherzustellen.

Wird der Wettbewerb aber als Institution der bestehenden sozialen Marktwirtschaft begriffen, so ist einmal die auf den Wirtschaftserfolg bezogene Möglichkeit der objektiven Beeinflußbarkeit der Marktteilnehmer untereinander in die Umschreibung des Begriffes als objektive Komponente aufzunehmen. Bei dieser Möglichkeit handelt es sich dann nämlich nicht mehr um eine Voraussetzung eines individualrechtlich verstandenen Wettbewerbsbegriffes, sondern um den Bestandteil des Begriffes selbst.

Darüber hinaus ist das Nebeneinander einer möglichst großen Anzahl von Anbietern und Nachfragern bei einem als Institution erfaßten Wettbewerb ebenfalls nicht nur vorausgesetzte Bedingung, sondern wesentliches Kennzeichen, wesentlich objektiver Bestandteil des Wettbewerbs; denn nur ein von einer möglichst großen Anzahl von Marktteilnehmern beider Marktseiten getragener und ausgeübter Wettbewerb vermag die gesetzgeberische Aufgabe zu er-

1) Benisch, Einkaufsmacht und Kartellbegriff, WuW 1956, 480 ff.

2) Gemeinschaftskommentar, Amtliche Begründung, A., IV., S. 1059 und VI. S. 1060

füllen, wobei die Frage der notwendigen und zu fordernden Anzahl sich immer nach der Größe des betreffenden Marktes beantworten läßt.

Während von einem Wettbewerb im Sinne des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb noch gesprochen werden kann, wenn sich nur noch zwei Wettbewerber beispielsweise in einer Stadt im Bäckereigewerbe in Kampfposition gegenüberstehen, liegt in einem solchen Falle ein Wettbewerb, wie ihn § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen erwartet, nicht mehr vor.

4. Der eigene Vorschlag einer Begriffsbestimmung

Der von B e n i s c h vorgeschlagenen Definition wird zugestimmt und der Begriff 'Wettbewerb' in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen wie folgt umschrieben:

'Wettbewerb ist das selbständige Streben einer möglichst großen Anzahl in der Gestaltung ihrer Marktbedingungen unabhängiger und sich im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter und Nachfrager nach einem gleichen oder wirtschaftlich ähnlichen Ziel.'

F ü n f t e r H a u p t t e i l

I. Das Ergebnis der Untersuchung

Die vom Sinn und Zweck des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausgehende Untersuchung der Wettbewerbsbegriffe beider Gesetze hat ergeben, daß der Begriff 'Wettbewerb' im individualrechtlich zu verstehenden Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nur durch eine auf die 'Kampfposition', auf die 'Vorteilsverschaffung auf Kosten eines anderen Wettbewerbers' bezogene Umschreibung erfaßt werden kann, während dem Begriff 'Wettbewerb' im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nur eine Bestimmung und Auslegung gerecht werden kann, die den institutionellen Charakter dieses Begriffes entsprechend der ausschließlich wirtschaftsverfassungsrechtlichen Bedeutung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen berücksichtigt.

Dies hat zur Folge, daß die beiden Begriffe verschieden sind¹⁾.

II. Die Anwendbarkeit des institutionalisierten Wettbewerbsbegriffes

Die Anwendbarkeit des institutionalisierten Wettbewerbsbegriffes zeigt sich darin, daß klare und erfaßbare Kriterien den Inhalt des Wettbewerbs ausmachen und zum Beispiel durchaus festgestellt werden kann, ob auf einem Markt die Anzahl der Anbieter oder Nachfrager möglichst groß gehalten oder durch den zu beurteilenden Vertrag oder Beschluß verringert wird.

Tendenzen zur Konzentration und Gegenmachtbildung, wenn auch auf freiwilligem Zusammenschluß, treten nicht vereinzelt auf bestimmten Märkten auf, sondern bilden meistens die Antwort und Reaktion auf eine bestimmte Entwicklung der Marktgegenseite oder eines ganzen Wirtschaftszweiges, wie etwa die Kettenbildung im Textilhandel eine Folge der Kettenzusammenschlüsse im Lebensmittelhandel und eine Reaktion auf die Konzentration des Angebots darstellen.

Es dürfte bei diesem auf den Marktmechanismus bezogenen Wettbewerbsbegriff auch keine allzu großen Schwierigkeiten verursachen festzustellen, 'ob das unabhängige parallele Streben der gleichgerichteten Marktteilnehmer in irgendeiner Form koordiniert wird, sei es durch Vereinheitlichung der Preise oder Geschäftsbedingungen, durch Aufteilung des Marktes oder durch Zusammenfassung des Verkaufs oder Einkaufs²⁾.

Dadurch rückt die kartellrechtliche Relevanz³⁾ der Einkaufszusammenschlüsse, vor allem der sogenannten 'freiwilligen Ketten', stark in den Vordergrund. Sie ist nicht länger von der Frage der Entscheidungsfreiheit über den Beitritt abhängig, die doch mehr oder weniger zweifelhaft ist. Einerseits wird die wirtschaftliche Unabhängigkeit zwar ausdrücklich betont, auf der anderen Seite

1) Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, S. 128 ff.

2) Benisch, Einkaufsmacht und Kartellbegriff, II. Beschränkungswettbewerb, WuW 1956, 480 ff. (484)

3) Sölter, Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, Düsseldorf 1960, S. 58, 59

ist die Berechtigung für eine Bonuszuteilung aber von einer gewissen Mindestumsatzmenge abhängig, und der Zustand auf einem Markt läßt dem Einzelhändler oft überhaupt keine Wahlmöglichkeit, ob er einer Kette beitreten soll oder nicht. Er kann vielmehr nur noch entscheiden, welcher 'Kette' er sich anschließen will.

Die Bildung von Nachfragemacht mag als Reaktion der mittelständigen Betriebe auf gewisse Konzentrationserscheinungen in der Industrie und auf Seiten der Wettbewerber noch so verständlich sein. Trotzdem kann diese Entwicklung durch eine großzügige Auslegung der Vorschriften und vor allem bestimmter Tatbestandsmerkmale im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht hingenommen werden. Vielmehr hat hier der Gesetzgeber durch gesetzliche Maßnahmen der Konzentration in der Wirtschaft entgegenzuwirken, um auf diese Weise dem Mittelstand zu helfen.

S c h l u ß

Abschließend kann festgestellt werden, daß es angesichts der verschiedenen Zielsetzungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und der sich hieraus ergebenden Verschiedenheit der Wettbewerbsbegriffe beider Gesetze nicht richtig ist, von einem einheitlichen Recht der Gesamtordnung des Wettbewerbs zu sprechen¹⁾, womit nicht behauptet werden soll, daß keine Berührungspunkte zwischen beiden Rechtsgebieten bestehen²⁾.

1) Möhring, Wettbewerbsordnung und Kartellrecht, WuW 1954, 387 ff.

2) a) Fikentscher, Die deutsche Kartellrechtswissenschaft von 1945 bis 1954, WuW 1955, 205 ff. (223)

b) Franzen im Gemeinschaftskommentar (2.A.), Vorbemerkungen zu §§ 28 - 33, Anm. 7, S. 808

c) Gemeinschaftskommentar, Schriftlicher Bericht, Dr. Hellwig, C., I., S. 1164

Lebenslauf

Am 24. September 1931 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Hermann Sauter und seiner Ehefrau Maria geb. Oberconz in Mettlach/Saar geboren.

Von Ostern 1937 bis Herbst 1943 besuchte ich die Volksschule in Saarlouis-Roden und Wiesbaden. Im Herbst 1943 wurde ich in das Realgymnasium in Dillingen/Saar aufgenommen. Infolge der Kriegssereignisse war ich gezwungen, auf das Realgymnasium für Jungen an der Oranienstraße in Wiesbaden und später auf das Realgymnasium in Sinsheim/Baden überzuwechseln. Von dort kehrte ich im Frühjahr 1947 an das Realgymnasium in Wiesbaden zurück. Dort legte ich im März 1954 die Reifeprüfung ab.

Von Mai 1954 bis Juli 1958 studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten in Frankfurt am Main, München und Mainz. Am 29. Juli 1958 legte ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt in Mainz ab. Den dreieinhalbjährigen Referendar-Vorbereitungsdienst beendete ich am 4. September 1962 mit der großen juristischen Staatsprüfung vor dem juristischen Landesprüfungsamt Hessen. Seit dem 1. November 1962 bin ich als Hilfsreferent im Bundeskartellamt in Berlin tätig.

Am 20. Dezember 1963 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.

